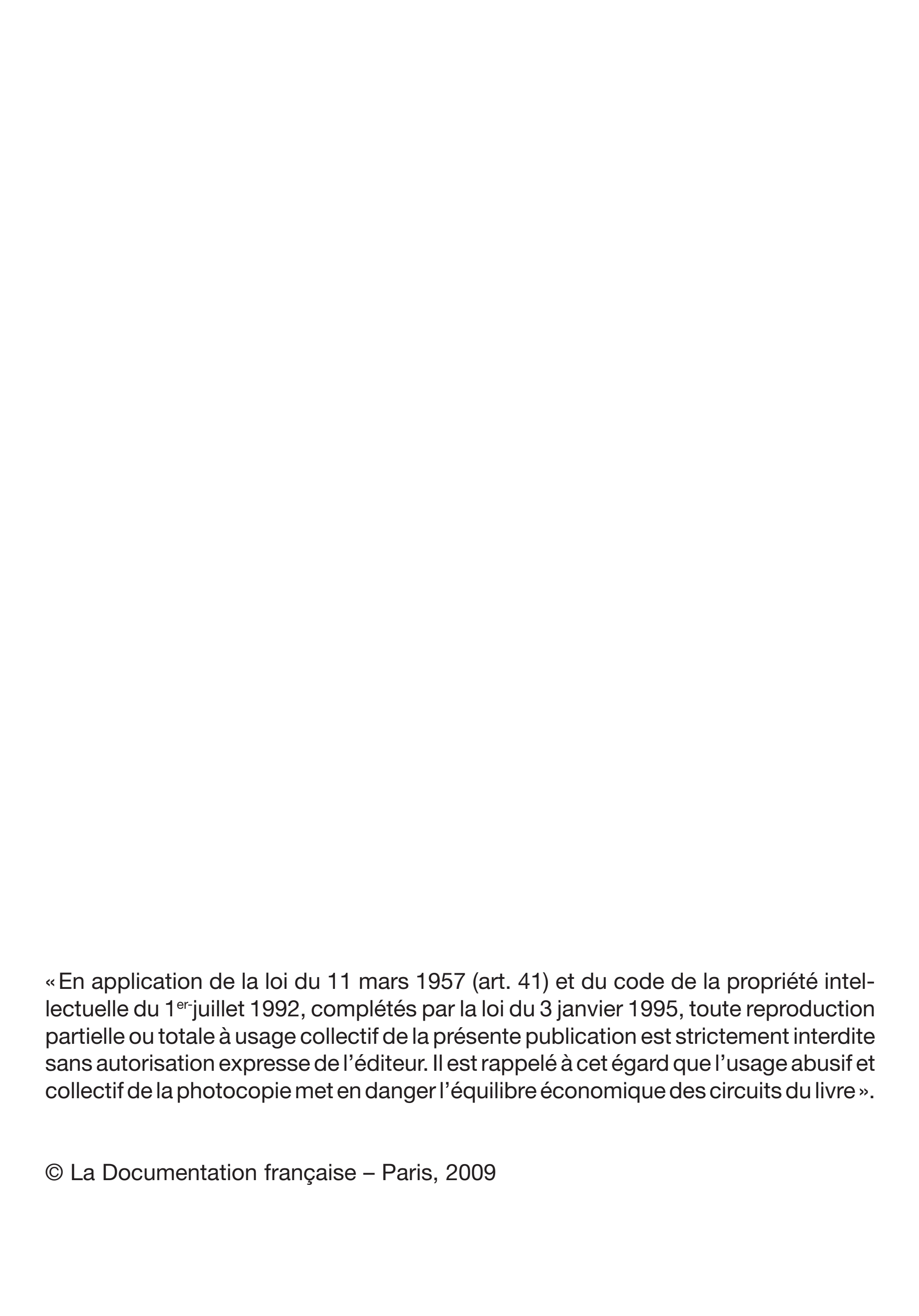
SERVICE CENTRAL DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

RAPPORT POUR L'ANNÉE 2008 AU PREMIER MINISTRE ET AU GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE

SCPC
2-14, rue des Cévennes – 75015 Paris
Téléphone : 01 43 19 81 60
Télécopie : 01 43 19 81 72
Courriel : scpc@justice.gouv.fr
www.justice.gouv.fr/minister/minscpc.htm



SOMMAIRE

LE SERVICE CENTRAL DE PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

Créé par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, le Service central de prévention de la corruption est un service à composition interministérielle placé auprès du garde des Sceaux dont l'organisation et les fonctions ont été fixées par le décret n° 93-232 du 22 février 1993.

Trois missions lui ont été initialement imparties :
– centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active ou passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou pour des particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ;
– prêter son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies de faits de cette nature ;
– donner des avis, sur leur demande, aux autorités administratives sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir de tels faits.

Ces autorités administratives sont limitativement énumérées :
1. les ministres ;
2. les préfets ;
3. les chefs des juridictions financières ;
4. le président de la commission relative à la transparence financière de la vie politique ;
5. le président de la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques ;
6. le président du conseil de la concurrence ;
7. le président de l'autorité des marchés financiers ;
8. TRACFIN ;
9. le chef de la MIEM ;
10. les chefs des organismes ou services d'inspection ou de contrôle relevant de l'État ;
11. les présidents et directeurs des établissements publics de l'État ;
12. les trésoriers-payeurs généraux et les autres comptables publics ;
13. les présidents des conseils régionaux, généraux, le président exécutif de Corse, les maires, les présidents de groupements de collectivités territoriales et des autres établissements publics des collectivités territoriales ;
14. les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public.

Les obligations conventionnelles de la France et les recommandations qui lui ont été faites lors de l'examen par les pairs dans le cadre de la convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 et la convention pénale du Conseil de l'Europe signée à Strasbourg le 27 juillet et son protocole additionnel en date du 15 mai 2003, ont amené le Service central de prévention de la corruption à initier trois missions complémentaires :

– action de formation et de sensibilisation dans le cadre d'écoles d'application, de centres de formation publics, de grandes écoles et d'universités ;
– action en direction des entreprises ;
– suivi des diverses conventions, OCDE (1997), Conseil de l'Europe (1999), Convention de New York, dite de Mérida (2003) ainsi que les relations bilatérales en matière de lutte contre la corruption.

Le Service central de prévention de la corruption établit annuellement un rapport d'activité adressé au Premier ministre ainsi qu'au garde des Sceaux, ministre de la Justice, comportant notamment des propositions de mesures tendant à prévenir les irrégularités de la nature de celles qui lui ont été signalées.

Nous avons souhaité, par ailleurs, comme les années précédentes, enrichir ce rapport d'activité par des sujets rendus significatifs par leur actualité ou leur récurrence.

Michel BARRAU
Chef du service

CHAPITRE I

ACTIVITÉ DU SERVICE AU REGARD DE SES MISSIONS

CENTRALISATION DES INFORMATIONS NÉCESSAIRES À LA DÉTECTION ET LA PRÉVENTION DE LA CORRUPTION

La note de la France est en baisse dans l'indice de perception de la corruption (IPC) 2008 publié par l'ONG Transparency International. Avec 6,9 sur une échelle allant de 0 (haut degré de corruption perçu) à 10 (faible degré de corruption perçu), la France perd 0,4 point et 4 places. La France arrive au 23e rang du classement 2008.

Transparency International cite, parmi les éléments ayant pu contribuer à dégrader la perception du niveau de corruption, un certain nombre d'affaires évoquées par la presse et dont une analyse fine démontre qu'elles ne recouvrent pas, dans leur extrême majorité, l'incrimination pénale à laquelle il est fait référence.

Cette analyse montre tout à la fois l'intérêt mais également les limites de critères purement subjectifs.

Comme il a eu l'occasion de le souligner dans ses rapports antérieurs, le Service central de prévention de la corruption ne manque pas d'obstacles pour remplir la mission de centralisation qui lui a été impartie **faute d'une collecte informatique centralisée tant par les services de police que par l'autorité judiciaire.**

Avec le concours de la direction des Affaires criminelles et des Grâces, trois sources ont été utilisées au cours de l'année 2008 pour permettre l'objectivation du phénomène des atteintes à la probité :
– une étude typologique des faits de cette nature portée à la connaissance de cette direction au cours de l'année de référence ;
– l'examen du traitement des flux entrants par les juridictions informatiquement liées à la Nouvelle Chaîne pénale (tribunaux de grande instance de Bobigny, Évry, Paris, Créteil, Nanterre, Pontoise et Versailles) ;
– le relevé des condamnations portées au casier judiciaire.

Enfin cette étude n'aurait pas été complète sans interrogation des organes de contrôle des administrations pour mesurer l'impact des procédures disciplinaires et leur rapport avec l'autorité judiciaire.

FAITS PORTÉS À LA CONNAISSANCE DE LA DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES

Les magistrats affectés au Service de prévention de la corruption ont pu recueillir les éléments statistiques et typologiques concernant 77 procédures portées au cours de l'année 2008 à la connaissance de la direction des Affaires criminelles et des Grâces.

Cette étude ne porte que sur les délits d'atteinte à la probité. Il convient de préciser dès à présent que cette analyse ne concerne qu'un échantillon, toutes les procédures traitées par les juridictions françaises n'étant pas systématiquement portées à la connaissance des services de la Chancellerie.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

COURS D'APPELS À L'ORIGINE DE LA PROCÉDURE

Agen (5), Aix (5), Amiens (4), Bastia (1), Besançon (2), Bordeaux (2), Caen (1), Chambery (1), Douai (2), Grenoble (3), Lyon (1), Metz (1), Montpellier (5), Nancy (1), Nîmes (2), Paris (14), Pau (1), Poitiers (4), Reims (2), Rennes (2), Riom (3), Rouen (1), Versailles (5), Basse-Terre (2), Fort de France (1), Saint-Denis (2), Papeete (4).

Remarque

Sauf exception touchant la cour d'appel de Paris, le faible nombre d'affaires traitées **peut laisser interrogateur sur la réalité d'une spécialisation en la matière,** ce d'autant que chaque procédure a été traitée par le tribunal initialement saisi sans recours à l'article 704, alinéa 1 du Code de procédure pénale visant la spécialisation d'un ou plusieurs tribunaux dans le ressort d'une cour d'appel ni la possibilité de la saisine d'une juridiction interrégionale spécialisée (article 704, alinéa 2).

Une répartition *potentielle* de ces délits aurait permis d'attribuer théoriquement le nombre de procédures suivantes pour ces dernières juridictions :

- Paris 25
- Marseille 13
- Lille 9
- Bordeaux – Lyon 8
- Rennes 7
- Nancy 4
- Fort de France 3

Origine du signalement

• Particuliers identifiables	25
• Élus	12
• Autorité préfectorale	11
• Autres personnes publiques (EPA-EPIC)	5
• Juridictions financières (CRC-CC)	9
• DGCCRF	4
• Anonymes	4
• Autosaisines parquet	3
• TRACFIN	1
• Gérant de tutelle	1
• Corps d'inspection (Éducation nationale – IGF)	1
• Administration fiscale	1

L'analyse de l'origine du signalement est particulièrement porteuse d'enseignement. On pourrait penser que les administrations et leurs corps de contrôle, au plus près de la matière, soient les principaux pourvoyeurs de l'autorité judiciaire. Cette attente paraissait légitime, l'article 40 du Code de procédure pénale, imposant à toute autorité constituée, tout fonctionnaire qui dans ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis sans délai au procureur de la République. **Force est de constater que l'efficacité et la fluidité attendues ne sont pas au rendez-vous.**

Seules les juridictions financières font exception à cette remarque.

Il convient de rappeler que les juridictions financières ont à leur disposition un corpus législatif et réglementaire propre auquel elles ont recours dès lors que la collégialité s'est prononcée dans son délibéré en faveur d'une transmission au pénal (art. R. 135-3 du Code des juridictions financières pour la Cour, article R. 241-25 du Code des juridictions financières pour les chambres régionales des comptes, article R. 262-80 du Code des juridictions financières pour les chambres territoriales des comptes). Il est octroyé cependant au seul représentant du ministère public (procureur général près la Cour des comptes, procureurs financiers près les chambres) la prérogative, en dehors du processus de délibération dans le cadre de la collégialité, de transmettre d'office des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Nombre d'affaires transmises au pénal
par les juridictions financières entre 2003 et 2008

Affaires d'origine Cour

Art. 40 du CPP						Art. R. 135-3 du CJF						TOTAL COUR
2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
0	1	2	1	0	0	3	4	1	4	3	2	21

Affaires d'origine CRTC

Art. 40 du CPP						Art. R. 241-25 du CJF						TOTAL CRC
2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
2	2	1	1	1	4	21	37	30	27	28	17	171

Ventilation par type d'infraction des affaires transmises au pénal
entre 2003 et 2008

Qualification des affaires

	Affaire d'origine Cour						Affaire d'origine CRTC					
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Abus de biens sociaux										2		
Abus de confiance	1			1		1		3	3	1	2	
Concussion							1		1	1	2	
Corruption/Trafic d'influence								3	1			1
Détournement de fonds publics		1						2			1	3
Faux et usage								3	1	1	1	2
Favoritisme			1	1			3	2	2	6	3	5
Infraction au CMP	1	1	1	2			8	7	8	6	7	3
Irrégularités comptables								3		1		
Octroi d'avantages Injustifiés									1	2	1	
Prise illégale d'intérêt	1	3	1	1	2	1	6	9	12	7	12	5
Autres infractions					1		5	7	2	1	2	2
TOTAL	3	5	3	5	3	2	23	39	31	28	29	21

NB : Sur le plan méthodologique, les chiffres présentés ne peuvent être examinés qu'au regard des marques spécifiques exposées dans nos rapports 2007-2006 auxquelles il est fait ici expressément référence.

Suite donnée dans l'année de la saisine

- Sans décision (enquête) 49
- Information (dont 2 CPC) 16
- Classement 4
- Citation 1
- COPJ 1
- Rappel à la loi 2
- Jugement dans l'année 3
- Audiencement en cours 1

Sans réelle surprise, il est observé que les procédures concernées, particulièrement stigmatisantes pour les personnes nominativement visées, ne peuvent, dans leur extrême majorité, connaître une issue dans l'année. La technicité de la matière ne peut à elle seule justifier cette situation. Plus d'un parquet souligne l'impossibilité d'obtenir des services enquêteurs des délais raisonnables de traitement compte tenu de la charge ou du manque d'effectifs dans leurs formations économiques et financières.

Cette situation ne nous paraît pas satisfaisante.

Infractions

- Prise illégale d'intérêts 33
- Corruption 15
- Favoritisme 15
- Autres (après enquête) 6
- Classement 4
- Trafic d'influence 3
- Corruption agent public 1
- Concussion 0

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES – TYPOLOGIE

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

- Maire s'octroyant un logement social alors qu'il assurait la présidence de l'organisme gestionnaire ;
- Attribution de marchés à une société liée par des intérêts familiaux (plusieurs cas) ;
- Recommandation par un maire d'un cabinet d'expertise à des tarifs surévalués alors qu'existaient des liens d'amitié avec le gestionnaire de ce cabinet ;
- Acquisition par un adjoint au maire d'une parcelle qu'il savait devoir être incluse dans une future ZAC au prix de 0,77 € le m² revendu peu après 8,5 € le m² ;
- Décision de création par un maire d'une station d'épuration raccordée gratuitement à un lotissement dans lequel il devait acquérir deux maisons à un prix manifestement sous-évalué ;
- Acquisition de biens d'une entreprise gérée par un proche (plusieurs cas) ;
- Maire propriétaire d'un bien faisant financer abusivement son locataire par le centre communal d'action sociale dont il assurait la présidence ;
- Mise en cause d'un maire pour avoir acquis des terrains appartenant à la ville qu'il dirigeait (plusieurs cas) ;

- Suspicion de prise d'avantages par des élus lors de l'attribution d'un marché de transports scolaires ;
- Interrogation sur la légalité d'une convention passée pour l'attribution de la mission d'assistance à maître d'ouvrage pour la préparation d'une exposition internationale ;
- Suspicion d'une prise illégale d'intérêts par le responsable commercial d'un EPIC qui aurait une participation dans une société avec laquelle l'EPIC était en relations et dont le responsable concerné assurait la surveillance ;
- Suspicion d'illégalité par une chambre régionale des comptes dans l'octroi par une collectivité territoriale d'une subvention à une société dont le PDG est membre de cette collectivité, même s'il n'a pas pris part au vote ;
- Suspicion à l'égard d'un maire suite à la modification du Plan local d'urbanisme alors que l'élu possède une société qui a obtenu un permis de lotir une partie des terrains devenus constructibles ;
- Allégations de prise d'intérêts par un maire pour l'embauche de membres de sa famille ;
- Faits de participation à une structure d'exploitation d'un établissement de cultures maritimes alors que la personne est un agent de l'entité publique de contrôle.

Le délit de prise illégale d'intérêts constitue l'infraction très majoritaire du panel et est principalement le fait d'élus en cours de mandat ou d'anciens élus.

Les cas étudiés traduisent par leur niveau de préparation ou d'élaboration une intentionnalité, la volonté transgressive apparaissant clairement en raison notamment des précautions prises en amont : conseils ou création de structures-écrans ou alibi, précautions dans le processus délibératif...

FAVORITISME

- Choix d'une procédure inadaptée, absence de mise en concurrence ;
- Cahier des charges indiqué de manière à ne pouvoir retenir qu'un candidat prédéterminé ;
- Rapport d'analyse d'offre imaginaire prévalence de la « proximité géographique » ;
- Candidat volontairement favorisé par remise de documents non portés à la connaissance des autres candidats, cahier des clauses particulières et techniques ne permettant pas aux concurrents de disposer des éléments nécessaires ;
- Procédure inadaptée, présentation par ingénieur DDE intéressé de tableaux comparatifs erronés, communication d'éléments téléphoniquement à un seul candidat ;

- Implication d'un établissement public de santé dans la conduite d'un projet industriel privé sans réelle concurrence ;
- « Usurpation » de la qualité de personne responsable des marchés sans consultation d'une commission d'appel d'offres et sans formalités ;
- Travaux d'extension d'un champ de courses fait en maîtrise d'ouvrage déléguée par une société de courses (association 1901), sélection de maîtrise d'ouvrage par son président sans publicité ni concurrence, dépassant de 26 à 47 % par rapport à la notice descriptive explicative ;
- Éviction de concurrents sur le critère d'absence de territorialité de la fabrication, candidat retenu plus cher de 20 % que ses concurrents. Absence de saisine de l'autorité préfectorale ;
- Irrégularités des marchés traités sur bons de commande et réglés sur facture au profit d'entreprises avec lesquelles existaient des liens familiaux ;
- Conditions d'attribution de délégation de service public à une « SEM » constituée en majorité d'employés de la communauté de commune inapte à répondre aux objectifs techniques ;
- Conditions d'exercice du droit de préemption exercé par un maire ; plainte portée sur les relations entre la commune et un groupe immobilier ; deux séries de faits dénoncés : groupe « favorisé » en contrepartie d'un droit d'entrée ; cessions de terrains inférieures au prix du marché ; travaux de réhabilitation importants dans la résidence secondaire du mari de la maire (par ailleurs chargé de l'urbanisme...) pris en charge par le groupe (prise illégale d'intérêts + favoritisme) ;
- Défaut d'impartialité imputé à l'autorité préfectorale qui aurait méconnu les principes d'impartialité et d'égalité en ayant recouru à un cabinet d'expertise lié aux actionnaires de la société ayant emporté le marché ;
- Questionnement sur la rédaction du cahier des clauses techniques particulières lors de l'attribution d'un marché (horodateur).

OBSERVATIONS

L'étude des divers cas vient battre en brèche deux idées souvent avancées en la matière tenant à la complexité prétendue de l'encadrement législatif et la lourdeur des procédures impliquant la recherche de circuits courts.

L'extrême majorité des cas vise des faits commis délibérément, souvent pour des montants significatifs alors que l'auteur se trouvait dans une possibilité, de par ses services techniques, d'avoir recours à un environnement juridique satisfaisant.

CORRUPTION

Mis en cause : étant précisé que n'a été pris en compte ici que le signalement initial sans préjuger de la suite de l'enquête en cours concernant la culpabilité des mis en cause.

- Élus 2
- Fonctionnaires des Impôts 2
- Fonctionnaires de préfecture 3
- Fonctionnaires de police 2
- Fonctionnaires ministère Agriculture 1
- Agent de pompes funèbres 1
- Régisseur placier d'un marché parisien 1
- Magistrats 3

TYPOLOGIE

- Délivrance de titres de séjour contre rémunération par agent administratif (plusieurs cas) ;
- Financement de travaux d'un inspecteur des impôts (70 000 €) par une entreprise sur laquelle il conduisait une mission de contrôle fiscal ;
- Facilitation d'une entente lors d'un marché par un premier adjoint au maire contre rémunération et embauche de son fils par une des sociétés attributaires ;
- Plainte d'un commerçant contre un régisseur placier de marché ayant sollicité l'octroi d'une place contre rémunération (5 000 €) ;
- Fonctionnaire de police, en charge du bureau des étrangers dans un commissariat, accusé d'avoir remis entre 20 à 40 documents administratifs contre des sommes allant de 250 à 400 euros ; complicité d'une employée (condamnation 6 mois sursis, 1 500 euros, interdiction définitive d'exercer les fonctions de policier ; sa complice : 6 mois avec sursis, 3000 euros d'amende) ;
- Contrôleur du ministère de l'Agriculture accusé d'avoir perçu une somme de 1000 euros pour faciliter l'instruction d'un dossier de subvention ;
- Magistrat professionnel (juge des tutelles) ayant favorisé la vente à un agent immobilier d'une propriété appartenant à un majeur protégé (dossier géré dans son cabinet) ;
- Magistrat professionnel ayant perçu des fonds et diverses gratifications (invitations à déjeuner quasi quotidiennes) d'un professionnel de santé à l'effet « d'arranger » un litige avec la CPAM ;
- Magistrats accusés par un ancien dirigeant de société (poursuivi au pénal et relaxé) d'avoir perçu de nombreux cadeaux et gratifications de la part d'un administrateur judiciaire pour avoir facilité la faillite de sa société ;

- Allégations selon lesquelles le président d'un territoire, gérant d'une société privée, aurait acquis un bien à un faible prix en contrepartie de l'obtention d'un marché;
- Suspicion de perception de commissions par des membres d'une chambre mortuaire pour orienter les familles vers telle ou telle entreprise de pompes funèbres;
- Suspicion de perception illégale par un inspecteur des impôts de sommes pour « conseiller » des personnes afin qu'elles paient moins d'impôts;
- Prêt d'une somme d'argent par un détenu à un conseiller d'insertion et de probation;
- Versements d'avantages en nature et d'argent dans le cadre de l'exploitation d'établissements de cultures maritimes sans autorisation.

Cette communication peut s'avérer trompeuse dans la mesure où nous n'avons pu vérifier si tous les corps assuraient une transmission systématique à l'autorité judiciaire ou si, au contraire, était privilégiée une voie disciplinaire moins visible.

CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

Le parquet de Paris, compétent en raison de la nature des infractions traitées, suit actuellement 17 procédures, 11 dans le cadre d'une information ouverte auprès d'un juge d'instruction, les autres faisant l'objet d'une enquête préliminaire.

Ces procédures mettent en cause plusieurs groupes français dans le secteur de l'énergie, des transports et de l'armement.

L'importance des groupes ou des sociétés mis en cause, dotés de codes éthiques internes, de services d'audit et d'importants services juridiques, peut affaiblir l'affirmation souvent avancée d'initiatives locales incontrôlables.

Le volume des procédures actuellement en cours est particulièrement significatif de la ferme volonté de la France de respecter ses engagements conventionnels concernant le commerce international.

APPORT DE LA NOUVELLE CHAÎNE PÉNALE

Si les données des juridictions raccordées au système informatique de la Nouvelle Chaîne pénale ne couvrent pas l'intégralité des faits dont la justice a été saisie au cours de l'année 2008, elles n'en sont pas moins significatives compte tenu des juridictions concernées (Paris, Bobigny, Nanterre, Créteil, Versailles, Pontoise et Évry).

Ces données contiennent des indications précieuses sur la politique pénale suivie par les parquets dans le domaine des atteintes à la probité. Elles viennent opportunément compléter les enseignements tirés des procédures portées à la connaissance du ministère de la Justice.

Corruption (active et passive)

	2004	2005	2006	2007	2008
Procès-verbaux Reçus	87	80	76	95	88
Auteurs inconnus	12	14	15	16	15
Affaires poursuivables	45 (64,3 %)	46 (65,7 %)	49 (66,2 %)	49 (67,1 %)	47 (58 %)
Classement sans suite	6	4	4	2	4
Mesures alternatives	13	12	7	5	10
Renvoi devant le juge d'instruction	10 (14,3 %)	16 (22,9 %)	15 (20,3 %)	14 (19,2 %)	12 (14,8 %)
• Renvoi devant le tribunal correctionnel – citation directe – comp. immédiate – convocation par PV du procureur – COPJ	13 2 5 1 5	16 4 4 2 6	15 3 3 2 4	18 3 5 3 7	14 3 5 1 4

Trafic d'influence

	2004	2005	2006	2007	2008
Affaires traitées	26	36	21	19	21
Affaires poursuivables	21 (80,8 %)	25 (69,4 %)	13 (61,9 %)	13 (68,4 %)	10 (47,6 %)
Saisines juge d'instruction	10 (38,5)	13 (36,1 %)	6 (28,6 %)	7 (36,8 %)	4 (19 %)
Citation devant le tribunal correctionnel	5	3	2	4	1
Autres	5	6	3	2	–
Juge des enfants	–	1	1	2	2
Alternative aux poursuites	1	1	–	–	2

Prise illégale d'intérêts

	2007	2008
Affaires traitées	10	8
Affaires poursuivables	7	5
Saisines juge d'instruction	2 (20 %)	–
Renvoi devant le tribunal correctionnel	2	2
Procédures alternatives	1	3 (37,5 %)
Autres	2	–

Détournement de biens

	2004
Affaires traitées	58
Affaires poursuivables	41
Saisines juge d'instruction	6 (10,3 %)
Renvoi devant le tribunal correctionnel	18
Citation directe	2
Citation partie civile	12 (20,7 %)
Convocation par PV du procureur	1
COPJ	3

APPORT DU CASIER JUDICIAIRE

Infractions sanctionnées et inscrites au casier judiciaire

	2003	2004	2005	2006	2007
Concussion	2	4	2	6	3
Corruption	72	68	71	75	69
Favoritisme	37	31	37	47	33
Prise illégale d'intérêts	23	35	33	43	39
Trafic d'influence	27	41	31	23	39
Recel	16	12	9	15	6
	177	191	183	209	179

LA GESTION DES MANQUEMENTS À LA PROBITÉ PAR L'ADMINISTRATION

Dans le prolongement du travail mené sur les infractions pénales constitutives d'un manquement à la probité, le Service a interrogé les grands corps d'inspection ou de contrôle ou services compétents pour fournir aux destinataires du présent rapport une vue la plus objective possible de l'étendue et de la typologie des atteintes à la probité dans la sphère publique étatique.

Cette étude a débordé largement le simple cas de l'année 2008.

Il a donc été demandé en des termes identiques aux organes concernés de nous communiquer notamment toutes les informations dont ils disposent sur les faits de corruption active ou passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, de concussion ou de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Ont été interrogés : le conseil général des Mines (CGM), la Commission nationale de déontologie de sécurité (CNDS), la direction générale de la Police nationale (DGPN), l'inspection générale de la Police nationale (IGPN), l'inspection générale des Services (IGS), l'inspection générale de la Recherche et de l'Éducation nationale (IGREN), l'inspection générale de l'Administration (IGA), l'inspection générale des Finances (IGF), l'inspection générale des Affaires sociales (IGAS), l'inspection générale des Services judiciaires (IGSJ), la direction juridique du ministère de l'Équipement, inspection générale des Affaires étrangères (IGAE).

Seuls à ce jour l'IGAE et l'IGAS n'ont pas transmis leur réponse.

La Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) (autorité administrative indépendante créée par la loi du 6 juin 2000) n'a pas été saisie, durant cette période, de réclamations concernant de tels faits. L'inspection générale des Affaires culturelles n'a pas eu connaissance, en 2007 et 2008, de faits de cette nature. L'inspection générale des Services judiciaires a indiqué dans sa réponse qu'elle ne disposait pas d'une vue et d'une connaissance exhaustives des manquements à la probité commis par des magistrats ou fonctionnaires du ministère de la Justice, ajoutant que ces informations lui paraissaient susceptibles d'être détenues par le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) ou des directions administratives.

La typologie des manquements constatés par les autres corps peut s'établir comme suit :

– Le Conseil général des mines a été chargé, conjointement avec le Conseil général de l'environnement et du développement durable, par le ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, d'une mission d'inspection d'une DRIRE au sein de laquelle un agent, au cours des années 2007 et 2008, aurait commis des faits de corruption dans ses relations avec deux entreprises ; cet agent a été mis en examen le 26 juin 2008, et suspendu de ses fonctions le 8 juillet 2008 par le ministre de l'Économie, gestionnaire du corps d'appartenance.

– Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire :

1 – Une enquête a été ouverte par le parquet de Marseille pour des suspicions de fraude dans la procédure d'obtention des permis de plaisance au sein d'une direction départementale des affaires maritimes (DDAM). L'agent soupçonné aurait établi plus de 2000 « vrais-faux » permis hauturiers et côtiers contre le versement d'importantes sommes d'argent estimées en l'état à plus de 150 000 euros.

L’agent a été placé en détention provisoire le 21 novembre 2007.

Dans cette même affaire, un examinateur vacataire a également été mis en examen, ainsi qu’un docker et le secrétaire général du syndicat professionnel des officiers de la marine marchande, par ailleurs formateur aux permis plaisance.

La situation administrative de l’agent auteur de faits présumés de corruption n’est pas encore réglée. Selon le service gestionnaire, cet agent perçoit toujours son traitement dans l’attente d’une procédure disciplinaire.

2 – Un autre agent, affecté continûment depuis l’année 1979 dans une direction départementale (Tarn-et-Garonne), est soupçonné de corruption passive pour des faits intervenus entre 1999 et 2001. Cet agent aurait perçu deux enveloppes contenant respectivement 20 000 et 80 000 francs de la part d’une entreprise privée, dans le cadre de la passation de deux marchés de l’État relatifs à des travaux d’entretien d’un pont.

L’intéressé a été suspendu le 10 juin 2003. Cette suspension a été prolongée jusqu’au 31 mai 2007 avec demi-traitement en raison des poursuites pénales diligentées à son encontre.

Une condamnation pénale définitive ayant été prononcée en 2007 (8 mois d’emprisonnement avec sursis et 5 000 euros d’amende pour corruption passive), l’administration s’est trouvée dans l’obligation de mettre un terme à la décision de suspension et de réintégrer l’agent dans le service avant d’engager la procédure disciplinaire.

La commission administrative paritaire (CAP) disciplinaire compétente a proposé en date du 7 février 2008 la révocation de l’intéressé.

3 – Courant mars 2007, le chef du personnel d’une DDE a été informé du placement en garde à vue et de la mise en examen de deux agents, du chef de fraude (trafic) aux examens du permis de conduire.

Ces trois agents ont été suspendus de leurs fonctions et sont à demi-traitement depuis mars 2007.

L’information suit actuellement son cours.

– Le nombre de sanctions disciplinaires prononcées en 2007 (sur la base de la nomenclature établie par la DGAFP, s’élève, en ce qui concerne les procédures suivies en administration centrale, à 20 manquements à la probité).

– L’inspection générale de l’Éducation nationale et de la recherche (IGENR) : les informations dont dispose ce corps pour les années 2007 et 2008 font état, après enquête, de faits constitutifs de prise illégale

d'intérêts et abus de biens sociaux, à des fins de rémunération personnelle ou de divers avantages. Ces manquements mettent en cause cinq professeurs d'un important établissement d'enseignement supérieur, qui ont «délégué» à différentes associations les activités d'enseignement qu'ils auraient normalement dû dispenser dans le cadre de l'établissement public.

Les faits ont été signalés au procureur de la République compétent en septembre 2007, conformément à l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

Inspection générale des Finances: au cours de l'année 2007, un dossier a été transmis au procureur de la République. Ce dossier était relatif à la rémunération de certains agents travaillant dans un établissement public national audité par l'IGF. La suite judiciaire demeure inconnue du Service.

En 2008, aucune transmission n'a eu lieu sur le fondement évoqué ci-dessus.

– Inspection générale de l'Administration: l'IGA indique qu'elle ne possède pas de pouvoir disciplinaire, mais effectue des missions d'inspection ou des audits. Les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale ou disciplinaire sont le plus fréquemment dénoncés au parquet compétent ou au conseil de discipline (en règle générale lorsqu'une condamnation définitive a été prononcée) par le chef du service concerné, qui en acquiert connaissance en amont.

– La direction générale de la Police nationale (DGPN) fournit des données relatives aux manquements déontologiques constatés de l'année 2004 à l'année 2008. La répartition de ces manquements par type de qualification apparaît comme suit:

Manquement à l'obligation de probité	2004	2005	2006	2007	2008	TOTAL
Corruption	6	6	10	6	9	37
Trafic d'influence	1	1	1			3
Concussion					3	3
Prise illégale d'intérêt						0
Atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats						0
TOTAL	7	7	11	6	12	43

Les 43 fonctionnaires de la DGPN ont été sanctionnés au plan disciplinaire pour manquement grave à l'obligation déontologique de probité. Le plus souvent, les agents mis en cause ont fait l'objet de sanctions du 4e groupe (révocation) et assimilées (radiation des cadres). Trente-six d'entre eux (84%) appartenaient au corps d'encadrement et

d'application (gardiens de la paix et gradés), cinq (11%) au corps de commandement (officiers) et deux (4,5%) au corps de conception et de direction (commissaires).

Tous les auteurs de manquements correspondant aux infractions de corruption, de trafic d'influence ou de concussion ont également fait l'objet de poursuites pénales.

Le directeur général de la Police nationale précise, enfin, qu'à la date du 23 février 2009, trois officiers et six agents du corps d'encadrement et d'application font l'objet d'une mesure conservatoire de suspension de fonction dans le cadre de procédures disciplinaires et/ou judiciaires engagées pour des faits de manquement à la probité.

– L'inspection générale de la Police nationale: le rapport annuel 2007 de l'IGPN ne contient pas de typologie précise relative aux manquements à la probité, bien qu'il fasse état, cependant, d'un nombre croissant de saisines de la Commission nationale de déontologie et de la sécurité durant l'année 2007 (le nombre définitif de saisines n'est pas encore connu, mais un dossier du mois de décembre 2007 porte la référence 2007-143). Au cours de l'année 2006, 140 saisines ont été enregistrées auprès de cette haute autorité, dont 111 concernaient les seuls services de police.

Au titre de l'année 2007, 66 saisines ont donné lieu à avis et recommandations parmi lesquels:
- 27 constatent, sans plus de précisions, l'«absence de manquement à la déontologie»;
- 39 sont suivis de recommandations, à l'occasion desquelles la commission a annoncé la transmission de ses avis à 5 reprises au procureur de la République et demandé au ministre la mise en œuvre de poursuites disciplinaires dans 7 dossiers;
- l'inspection générale des Services: l'IGS traite environ (sur une période de référence allant de 2002 à 2008) 1200 dossiers par an (*toutes infractions confondues*, disciplinaires et/ou pénales) sur une population contrôlée de 35000 agents seulement (le tiers des effectifs de la police nationale), car compétence exclusive sur Paris-Nanterre-Bobigny-Créteil.

Lors de l'entretien accordé par le directeur de l'IGS et son adjoint, les chiffres de l'année 2008 n'étaient pas encore définitifs. Cependant, 35 cas de «corruption» au sens large auraient été recensés.

– La direction générale de la Gendarmerie nationale: celle-ci confirme que les outils statistiques dont elle dispose ne permettent pas de discriminer dans les 107 index de l'État 4001 les faits de corruption active ou passive.

Cependant le bilan annuel relatif au nombre de militaires de la gendarmerie sanctionnés. Au plan disciplinaire recense trois cas de concussion en 2007 et un cas en 2008. Les faits de 2007 ont donné lieu à une radiation des cadres et deux blâmes. Les suites judiciaires ne sont pas connues.

Le nombre faible de cas au regard du nombre de militaires concernés est à souligner.

Cadre juridique (généralités)

Il est utile de rappeler brièvement que contrairement à la faute pénale, la faute disciplinaire applicable aux agents publics n'est pas définie (imprécision atténuée par l'existence de recours juridictionnels).

1 – L'absence de définition légale de la faute n'est qu'apparente car le seul examen de la jurisprudence administrative permet de cerner cette notion.

2 – Les sanctions disciplinaires sont échelonnées (du 1er au 4e groupe dans un sens de gravité croissante, de l'avertissement ou du blâme jusqu'à la mise à la retraite d'office ou à la radiation ou révocation).

3 – Il existe une autonomie totale entre juridictions disciplinaires et juridictions pénales ; la répression disciplinaire et la répression pénale s'exercent donc distinctement :
- un même fait peut justifier à l'encontre de la même personne une sanction pénale et disciplinaire ;
- l'autorité investie du pouvoir disciplinaire n'est pas liée par la décision intervenue au pénal, sauf en ce qui concerne la constatation matérielle des faits.

L'agent public bénéficie de garanties au cours de la procédure disciplinaire :
- son droit à communication du dossier complet ;
- sa possibilité de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix.

Au cours de l'instruction, une enquête peut être effectuée (à l'initiative de l'administration ou du conseil de discipline) ; l'agent a droit de présenter des observations écrites ou orales, citer des témoins, se faire assister.

Constats et commentaires

À titre liminaire, cette étude se limitera à mettre en évidence certaines tendances constatées en matière de contrôle étatique. Il ne saurait être non plus question de porter le moindre jugement sur la

doctrine, la conduite et la qualité des opérateurs concernés (administrateurs ou contrôleurs) et des procédures mises en œuvre, mais de se borner à relever, de manière parfaitement objective et sur la base des informations qui nous ont été communiquées, les points susceptibles d'être améliorés en vue de parvenir à une meilleure prévention de ces manquements.

Le taux de réponse apparaît satisfaisant – seuls 3 corps ou organismes sur 14 n'ont pas ou imparfaitement répondu – et reflète une réelle « mobilisation » des instances sollicitées.

Le premier constat tient à la faiblesse numérique des chiffres communiqués (une centaine environ) par les corps d'inspection au regard du nombre élevé d'agents soumis à leur contrôle. Une grande partie de ce contentieux traduit, ainsi que l'ont d'ailleurs indiqué plusieurs inspections ou ce qui nous a été communiqué par les interlocuteurs rencontrés, une concentration des informations disciplinaires et/ou pénales au sein des administrations centrales et déconcentrées de l'État.

Cette situation, qui ne reflète pas en soi d'anomalies institutionnelles graves, soulève néanmoins, au plan des pratiques professionnelles de gestion par l'État des manquements à la probité, majoritairement constitutifs d'infractions pénales, plusieurs interrogations sur la capacité ou la volonté de ces entités d'« externaliser » le contentieux de la probité.

Cette régulation interne témoigne du souci, en particulier au niveau des administrations déconcentrées de l'État à fort potentiel technique, bien insérées dans le tissu local et tissant de multiples partenariats institutionnels, de ne pas porter atteinte à l'image ou à l'intégrité du corps, surtout lorsque sont en cause des agents qualifiés et reconnus pour leurs compétences, le plus souvent en poste depuis quelques années.

La multiplication de ces partenariats, particulièrement sensible depuis les lois de décentralisation, n'est évidemment pas à stigmatiser. À l'État-opérateur s'est substitué progressivement un État-partenaire, qui contractualise ses actions. En revanche, la rencontre quasi frontale entre « opérateurs » privés et agents déconcentrés de l'État (la même observation vaut en ce qui concerne les personnels des collectivités locales et territoriales) a pu entraîner des dérives, liées à la faible maîtrise, par ces personnels, de certaines normes ou règles techniques, de surcroît à fort caractère évolutif sur le plan réglementaire (marchés publics, en particulier).

Par négligence, voire incompétence, nombre de collectivités ont abandonné leurs pouvoirs, sans réels contrôles, à de multiples sociétés

d'assistance à maîtrise d'ouvrage. En fait, celles-ci sont devenues totalement maîtres sans une évidente contrepartie du choix des partenaires contractuels des collectivités.

Ce « choc » entre deux mondes aux cultures et aux objectifs jusque-là antagoniques (servir l'intérêt général, d'une part, rechercher l'efficacité économique, d'autre part) s'est avéré inégal dans un cadre général de déréglementation et de dérégulation étatiques caractérisé par l'émergence d'une culture de l'efficacité.

Cette évolution générale et la « réorientation » des missions de l'État ne sauraient, évidemment, tenir lieu de justification à ces transgressions, mais force est de remarquer que ce mouvement général n'a été qu'imparfaitement anticipé par la puissance publique ni n'a été accompagné de la mise en place de dispositifs ambitieux de prévention de ces nouveaux risques déontologiques et pénaux déjà préconisés dans le rapport de Paul Bouchery en 1993.

Si les agents appelés à se trouver au « contact » des entreprises ont été apparemment insuffisamment formés dans l'ensemble, les personnels « administratifs » paraissent également disposer de connaissances approximatives sur la possible caractérisation d'une faute disciplinaire en infraction pénale (et sur les conséquences, pour l'agent, d'une saisine de l'autorité judiciaire). Ils semblent en particulier peu souvent en mesure de distinguer entre les différentes catégories de faute et entre transgressions graves, possibles de poursuites pénales, et transgressions mineures, « justiciables » d'une simple médiation. Les approches du service vis-à-vis des organismes chargés de la formation de la fonction publique territoriale n'ont pas, à ce jour, été complètement satisfaisantes.

La révélation et le traitement des faits

Les différents services ne paraissent pas avoir non plus mis au point de modes fiables et pérennes de révélation et de traitement des faits dont ils ont connaissance.

Une telle situation constitue de la sorte un important facteur (cette fois-ci technique) de non-transmission (ou de transmission tardive) aux autorités d'inspection et/ou judiciaires ou aux organes de sanction.

L'amélioration de la réception d'informations fiables (après d'éventuels filtrages) impose la généralisation des dispositifs de révélation internes et externes.

Malgré certaines tentatives, adaptées, le « Whistleblowing », dont le SCPC a mis à plusieurs reprises en avant l'intérêt dans certaines situations particulières (sous réserve d'adaptations et d'encadrement),

semble avoir été largement délaissé car majoritairement perçu comme une atteinte à l'identité du corps ou du groupe.

Il est regrettable qu'une réflexion approfondie sur ce phénomène appelé à se généraliser (sous des formes diverses et spécifiques aux milieux concernés) n'ait été relancée avec les organismes de formation des différentes fonctions publiques.

En l'état, le SCPC n'entend pas voir s'éteindre cette réflexion riche de préconisations, de débats publics et de controverses. Elle rejoint pour une grande part les préoccupations constatées chez de nombreux acteurs lors de l'étude réalisée sur l'« Expert indépendant : mythe ou réalité » : modalités et niveau de protection à accorder à l'« alerteur », nature des interrogations suscitées par le « Whistleblowing », quantification des risques, etc.

Le « déploiement » de ces ressorts critiques, qui caractérisent en propre les démocraties, s'avère d'autant plus indispensable que nous vivons à présent dans une société fragilisée par la persistance des crises économiques et sociales et la perte de certains repères identitaires.

Le choix de mécanismes de régulation, entre contrôle administratif et planification de l'action publique peut prendre plusieurs formes, tant dans leur construction que dans leur mise en œuvre. Il n'est nullement figé, mais les « décideurs » publics se doivent d'introduire ces mécanismes régulateurs, assimilables à des jeux de contrainte collective venant encadrer et renforcer les comportements individuels, collectifs et institutionnels.

La procédure est identique à l'occasion des dénonciations ou saisines épistolaires.

Une faible « externalisation » des dossiers

Le faible nombre de transmissions aux autorités disciplinaires ou judiciaires (sur le fondement de l'article 40 du CPP) met également l'accent sur la difficulté, pour les entités saisies, d'apprécier la gravité intrinsèque des transgressions et de déterminer, le cas échéant, si elles sont susceptibles de constituer ou non une infraction pénale.

La crainte fonde parfois cette inaction. A été cité le cas d'un agent, auteur, avec d'autres collègues, de plusieurs infractions graves ayant justifié l'ouverture d'une information judiciaire, qui, après avoir été relaxé partiellement, n'a pas hésité à se retourner contre son administration – qui lui avait accordé, en qualité d'agent public bénéficiant de la présomption d'innocence, l'assistance statutaire prévue en l'espèce par la loi – pour demander réparation du préjudice lié à la révélation de ces faits à la justice.

Force est de constater que l'absence, au sein même de certaines administrations, de services déontologiques spécialisés (et sensibilisés au droit processuel), chargés d'assurer le suivi et la régulation de ces dossiers, nuit probablement à une appréciation plus fine des faits qui leur sont soumis et ralentit, en tout état de cause, le processus décisionnel, lorsqu'elle ne le met pas purement et simplement en échec.

La formation des agents en charge des dossiers disciplinaires (quel que soit leur niveau de qualification ou leur grade) semble généralement insuffisante dans le domaine juridique et institutionnel, alors que les procédures deviennent plus complexes avec l'intégration de normes européennes ou internationales à caractère contraignant et la présence accrue d'avocats ou conseils durant le cours de la procédure disciplinaire et/ou pénale (*cf*. article 24 de la loi du 12 avril 2000 sur les relations entre l'administration et les citoyens).

L'absence de réactivité des services, une fois les faits suffisamment établis, entraîne des conséquences non négligeables sur le fonctionnement et l'image du service.

Cette gestion « frileuse » du « disciplinaire collectif » comporte d'ailleurs bien plus de risques pour l'institution (par exemple au cas de révélation des faits par voie de presse ou à l'occasion du dépôt de plainte des victimes) qu'une divulgation maîtrisée institutionnellement.

La lenteur dans l'instruction des dossiers porte atteinte de surcroît aux droits de l'agent, dont la situation demeure incertaine sur les plans juridique ou professionnel.

Il serait par conséquent souhaitable d'envisager la mise en place de procédures standardisées (inspirées de « politiques pénales » en vigueur dans les parquets et prévoyant soit la poursuite, soit le classement en fonction de critères tels l'importance du préjudice, l'antériorité des faits, l'existence de « précédents »...) facilitant l'accélération de la prise de décisions et le suivi, le cas échéant, auprès des autorités saisies, disciplinaires et/ou judiciaires, des manquements à la probité.

Les administrations concernées devraient également veiller à améliorer la structuration de l'information relative aux manquements signalés et la confier, notamment, à un opérateur unique qui agirait en liaison avec les directions concernées (en général, celles des ressources humaines et les directions juridiques).

Certains ministères possèdent ainsi en leur sein, outre le ou les corps d'inspection dont relèvent leurs agents, plusieurs directions compétentes en matière de contentieux disciplinaire (l'inspection générale de l'Administration, rattachée au ministère de l'Intérieur, nous renvoie, pour obtenir les données demandées, vers trois directions compétentes :

la direction des Ressources humaines du Secrétariat général, pour les personnels administratifs, celle de l'administration de la DGPN, pour les personnels de police et enfin, celle des ressources humaines, pour les personnels de gendarmerie).

Cette dispersion – qui ne joue que faiblement pour un ministère aussi «juridique» et structuré que celui de l'Intérieur – explique en partie la disparité dans la densité et la qualité des données recueillies.

Conclusions et préconisations

Les dispositifs de «révélation» des fraudes ou dysfonctionnements apparaissent dans l'ensemble peu construits et surtout non pérennes (ils dépendent souvent de l'initiative plus ou moins grande d'un chef de service), comme l'attestent certaines affaires non «réglées» disciplinairement (même si une information judiciaire est ouverte) plusieurs années après la commission des faits.

Il n'existe pas de généralisation de cellules de veille, organisées sur le mode du conseil ou de l'expertise, espaces neutres et indépendants détachés des entités opérationnelles, où la plainte peut être recueillie en toute confidentialité. Des initiatives intéressantes ont pourtant été mises en œuvre, sur le modèle anglo-saxon, avec un certain succès dans la sphère parapublique.

Seule l'existence de régulations fortes et encadrées paraît de nature à rendre à la norme disciplinaire sa visibilité. La «lisibilité» de l'interdit devient en effet un enjeu majeur dans la société démocratique et constitue la base d'une politique préventive efficace.

Les espaces de «médiation» internes – quand ils existent – ne se construisent que de manière informelle, alors que leur «institutionnalisation» – en ce qui concerne les transgressions mineures – permettrait d'éviter l'impact négatif du conflit, de le régler sans diminuer pour l'auteur la portée symbolique de son acte.

Cette généralisation de dispositifs encadrés de divulgation ou de médiation pourrait s'accompagner de la mise en place de «numéros verts», sur le modèle des nombreux exemples existants (par exemple, auprès de la HALDE, en matière de discrimination ou de harcèlement), qui connaissent un succès croissant grâce à la garantie de l'anonymat.

La saisine «directe» du SCPC, exclusif d'un pouvoir d'enquête, ne peut être non plus exclue, celui-ci disposant alors d'un pouvoir d'orientation des plaintes.

Cette politique ambitieuse appelée par le SCPC ne peut se construire que par la multiplication (et la « fortification ») des médiations, accompagnée d'une « stigmatisation » précoce des comportements déviants.

Celle-ci ne semble jouer que marginalement, alors que l'« atteinte », sous quelle que forme que ce soit, aux intérêts de carrière de l'agent peut témoigner d'une redoutable efficacité et d'un impact significatif sur l'évolution des conduites.

En outre, aucune doctrine ne paraît constituée au sein des différents services en ce qui touche la saisine des organes de sanction (même si, en l'état, le sursis à statuer dans l'attente de la décision pénale demeure encore massif).

Les parquets pourraient s'investir davantage dans le champ disciplinaire « public ».

Les rapports annuels de politique pénale devraient spécifier davantage les infractions nées d'un contentieux disciplinaire, et les parquets ne devraient pas hésiter, comme cela leur a déjà été préconisé, à renforcer les liens avec les administrations de leur ressort pour aborder les relations du disciplinaire et du pénal.

Ce double mouvement – organiser les circuits de remontée des informations ; accélérer leur traitement et leur transmission – apparaît par conséquent comme une garantie de célérité et de réactivité susceptible de permettre d'obtenir des résultats significatifs dans le volume des transmissions.

LES SOURCES OUVERTES

L'approche objective des phénomènes de la corruption ne serait pas complète sans aborder l'enseignement tiré de l'étude des sources ouvertes, françaises ou étrangères, concernant le comportement international de nos entreprises.

Force est de constater que celles-ci y apparaissent à trente reprises pour des faits ignorés des juridictions françaises, certaines y étant citées pour leur comportement dans plusieurs pays.

S'il ne peut être question ici, bien que le service en ait la possibilité, de fournir des indications beaucoup plus détaillées, sauf à présumer de leur culpabilité, **il nous paraît très surprenant qu'aucune interrogation ou conséquence n'en soient tirées à l'échelon national.**

Certes l'article 113-8 du Code pénal dispose que « dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7 la poursuite des délits ne peut être

exercée qu'à la requête du ministère public. **Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays ou le fait a été commis».**

Dans le présent rapport, le Service s'est interrogé sur la possibilité qui paraît offerte de découpler, compte tenu de leur autonomie, responsabilité pénale des personnes physiques et responsabilité pénale des personnes morales. Rien ne paraît s'opposer, si le pays concerné ne connaît pas cette dernière, à ce que les juridictions françaises puissent solliciter une dénonciation de ce seul chef.

PRÉCONISATIONS ET REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE CHAPITRE

1 – La centralisation des informations concernant les atteintes à la probité, malgré les difficultés de totale cohérence qu'elle rencontre, permet d'affirmer, sans risque d'erreur, que la France n'est pas à ce jour un pays dans lequel la corruption serait endémique.

Il suffit, pour s'en convaincre, de rapporter le faible nombre de cas observés au volume des panels concernés.

Une classification visant des pays à situation et à structure interne peu comparables ne peut avoir de ce fait qu'une portée très relative. Faudrait-il en conclure, l'essentiel étant abordé, que la prévention des atteintes à la probité deviendrait une préoccupation subsidiaire?

Ce serait méconnaître la situation actuelle.

Le risque de retourner à des pratiques contestables n'a jamais été aussi fort. En effet, il ne peut échapper à personne que la compétition engendrée par les crises actuelles, économiques et financières, peut laisser le champ, sous prétexte fallacieux d'un pragmatisme obligé, à des dérives liées à une compétition sauvage. Ce serait également méconnaître l'extraordinaire attente du corps social en termes de transparence et de sentiment d'égalité face aux difficultés actuelles. Certaines pratiques ou situations, jusqu'ici plus ou moins acceptées, deviennent totalement insupportables. Méconnaître ce contexte conduirait à prendre de graves risques en termes de cohésion sociale.

2 – Hormis le cas spécifique de la juridiction parisienne, il ne peut être considéré, devant l'émiettement des poursuites, qu'il existe en la matière (concussion, corruption, prise illégale d'intérêts, favoritisme) une spécialisation. Cette constatation peut induire deux attitudes contradictoires, l'une tendant à considérer qu'une formation spécifique ou qu'une assistance est inutile, la seconde, plus réaliste à nos yeux,

permet de penser que les délits d'atteinte à la probité demeurent encore mal connus ou utilisés de manière trop subsidiaire au profit d'autres incriminations plus évidentes (abus de biens sociaux, détournements de fonds publics, abus de confiance...). Ceci est d'autant plus regrettable que la Cour de cassation a clairement défini les relations non exclusives de l'abus de biens sociaux et de la corruption *« quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'il expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation »* (27 octobre 1997, Carignon et autres). Par les contacts actuellement pris, le SCPC devrait s'impliquer plus complètement dans la formation initiale et continue de l'École de la magistrature.

3 – L'étude des origines des signalements faits aux divers parquets démontre :

- une absence totale d'initiative en la matière des services de police ou de gendarmerie. La formation actuelle des enquêteurs demeure plus forte sur le traitement que sur la détection. Des efforts pourraient être faits pour libérer leur prudence initiale par l'exploitation des renseignements dont ils ont indubitablement connaissance ;
- une désertion anormale des corps de contrôle, hormis les juridictions financières, au regard des missions et des matières qu'elles examinent ;
- l'autosaisine des parquets paraît bien limitée au regard des informations circulant dans un contexte de liberté totale de la presse et le poids des médias. Il apparaîtrait bien souvent, et sans doute à tort, que l'attente d'une réaction extérieure soit l'élément déclenchant d'une initiative judiciaire.

Ces diverses constatations tendant à constater un assèchement inquiétant des sources logiques d'approvisionnement, inciteraient à envisager plus de pouvoir à donner à la vigilance citoyenne actuellement bridée par les dispositions légales (constitution de partie civile ; article L. 2132-5 du Code des collectivités territoriales régissant la demande des contribuables au regard des comportements des communes...).

4 – Le Service central de prévention de la corruption n'a pu confirmer que la majorité des délits commis soit due à une confusion et à la complexité des textes. Bien au contraire, la part délibérée paraît dominante. C'est pourquoi le service est peu favorable à un abaissement des contrôles déjà extrêmement lâches. Seul le délit de prise illégale d'intérêts paraît encore présenter un certain nombre d'hésitations. À ce sujet, la mise en place, plus systématique, de déclarations d'intérêts, pourrait amener une prise de conscience supplémentaire.

5 – L'aspect traitement déontologique et le rôle des corps d'inspection paraissent trop disparates pour pouvoir en extraire des règles générales. Sans doute dans ces deux aspects, de nombreux efforts de transparence demeurent à accomplir pour être définitivement assuré de l'absence de déport de l'appréciation de l'opportunité des poursuites appartenant de par les textes au seul procureur de la République.

6 – Les données des enquêtes préliminaires et leur caractère non contradictoire, dû pour partie à une surcharge des services enquêteurs, au moins pour les juridictions les moins importantes, la saisine substantielle des magistrats instructeurs alliée aux délais d'audiencement, nous paraissent peu compatibles avec la nature des infractions concernées.

Il ne paraît pas normal, dans un système de grande porosité des informations, que des personnes restent aussi longtemps dans l'incertitude dans ces matières touchant à leur honneur.

Il serait important que ces procédures, aussi mineures soient-elles, soient fortement priorisées par les parquets. Pour le moins, si une durée justifiable s'imposait, peut-être serait-il utile, qu'en cours d'information, des non-lieux ou des renvois partiels puissent intervenir sans attendre l'issue de procédures liées à des retours improbables de commissions rogatoires internationales, du moins pour les mis en cause dont le sort ne dépend pas de leur seule exécution.

7 – Lors de l'examen par les pairs dans le cadre des engagements conventionnels de la France (rapport du Groupe des États contre la corruption – troisième cycle – incrimination STE n° 173 et 191, PDC2 – adopté à Strasbourg le 16 et 19 février 2009) a été relevé, à juste titre à nos yeux, une difficulté résultant de la rédaction actuelle de l'article 433-1 du Code pénal (corruption active d'agent public national) concernant le temps du pacte de corruption pour gommer les difficultés liées à l'exigence de la jurisprudence antérieure, la loi de 2000 a introduit dans la définition de l'infraction le principe selon lequel l'avantage peut être proposé ou sollicité « à tout moment » (exclusion de l'exigence d'antériorité de l'accord entre le corrupteur et le corrompu rappelée par la circulaire de 2001).

L'impact voulu par cette réforme apparaît limité dans la mesure où le texte a conservé l'écriture antérieure en édictant que l'avantage était offert « pour que » ou « afin que », « en vue de » l'agent public agisse d'une certaine manière.

Beaucoup ont vu une contradiction dans ces termes.

Une nouvelle écriture de l'article 433-1 du Code pénal nous paraît justifiée pour éluder cette difficulté.

8 – Informatique et assistance aux investigations judiciaires.

L'investigation en matière d'atteinte à la probité, et d'une manière générale pour les délits économiques et financiers, se heurte souvent à certaines contraintes matérielles :

- saisies de comptabilités et de matériel informatique avec le risque de priver l'entreprise ou la société concernée de pouvoir continuer à assurer son fonctionnement. Cette fragilisation des activités n'est pas la solution la plus souhaitable dans le contexte économique actuel ;
- ces matériaux (papier ou informatique) ne peuvent être exploités exhaustivement dans les délais normaux de garde à vue ;
- ils nécessitent, la plupart du temps, un recours à une expertise externe souvent longue et coûteuse en termes de frais de justice.

Cette situation est d'autant plus dommageable que des outils d'extraction informatique existent et sont déjà utilisés par de grands corps (Cour des comptes, Banque de France et autres corps de contrôle).

Ceux-ci permettent :

- des saisies simultanées dans toutes les structures d'un groupe, de ses fournisseurs ou clients ;
- l'analyse du nombre et de l'articulation des données des différents systèmes ;
- le travail en mode lecture sans altérer les données sources (essentiel pour ce qui concerne les disques durs éventuellement mis sous scellés) ;
- le traitement d'une volumétrie de données convenant aux grandes structures généralement dans le temps contraint d'une garde à vue.

Ces outils sont en mesure de combiner les différents systèmes (comptabilité et banque par exemple) et de tracer l'analyse des travaux effectués.

Dans le contexte économique actuel, ces pratiques ouvrent de nouvelles pistes permettant de croiser les informations et comparer de manière exhaustive : déclaratif et réalité, laissant la possibilité de choisir immédiatement entre le cas isolé et le montage récurrent.

Le coût d'acquisition (inférieur à 2 000 €) et le positionnement limité, compte tenu des observations précédemment faites concernant la dispersion des poursuites, ne devraient pas être un obstacle sérieux à sa mise en œuvre. Les mêmes remarques sont à faire concernant la formation d'un nombre peu nombreux d'enquêteurs.

Un exemple de méthodologie d'emploi sera évoqué dans la partie du présent rapport relatif aux investigations dans le domaine des marchés publics.

9 – Il nous paraît utile d'attirer enfin l'attention sur l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 6 octobre 2008 (n° 283014, SCOPUTP), joint dans l'annexe jurisprudence. Cet arrêt admet la déduction de la TVA d'amont ayant grevé des commissions versées par des entreprises en vu de l'obtention de marchés publics, alors que tout laisse à penser que sous couvert de « prestations d'assistance technique et commerciale purement intellectuelles » les honoraires versés contribuaient en réalité à des financements occultes.

Cette décision ne nous paraît pas incitative d'initiatives d'investigation.

PRÊTER SON CONCOURS, SUR LEUR DEMANDE, AUX AUTORITÉS JUDICIAIRES

L'autorité judiciaire, du siège comme du parquet, peut solliciter l'avis du Service central de prévention de la corruption selon les formes et les conditions opportunément rapportées par la circulaire crim. 09-02 du 20 janvier 2009 émanant de la direction des Affaires criminelles et des Grâces du ministère de la Justice.

Cette demande de concours peut porter sur un point de droit, des modalités de procédure ou d'enquête ou bien des éléments de contexte qui s'apparenteraient à des sujets déjà traités par le SCPC.

C'est avec satisfaction que le Service a enregistré au cours de l'année 2008 plusieurs saisines émanant de juges d'instruction ou de procureurs de la République ne disposant pas d'assistance technique spécifique.

L'absence de véritable spécialisation dans le domaine des atteintes à la probité, hormis le tribunal de grande instance de Paris, constatée lors de l'examen de l'origine des procédures, ne peut que militer pour une accentuation de l'utilisation de cette faculté.

Il convient de rappeler que le traitement de l'information respecte le principe de la confidentialité qui s'impose à tous les membres du service.

Comme il a été déjà signalé dans le précédent rapport, le SCPC continue à être saisi directement par nombre de particuliers auxquels il ne peut être donné réponse laissant au service le soin, dans la majorité des cas, de transmettre à toutes fins au parquet compétent. Un droit de communication exclusif de tout pouvoir d'enquête permettrait tout à la fois d'enrichir la plainte initiale assortie dès l'origine d'un avis permettant une orientation améliorée.

Il ne peut être que réinsisté sur ce point.

DONNER UN AVIS

Donner un avis sur les mesures susceptibles de prévenir de tels faits à diverses autorités limitativement énumérées à l'article 2 du décret 93-232 du 22 février 1993 dont les dispositions ont été rappelées en préliminaire au présent rapport.

Ces avis ne sont communiqués qu'aux autorités qui les ont demandés, étant précisé que ces autorités ne peuvent les divulguer.

Force est de constater qu'hormis les nombreuses demandes émanant d'élus (maires, présidents de conseils régionaux, généraux et de groupements de collectivités territoriales) cette faculté n'est pas utilisée.

Cette situation est parfaitement regrettable. Il nous paraîtrait utile que cette possibilité soit rappelée à chacun des ministères concernés.

Si la matière de la commande publique paraît de mieux en mieux appréhendée par les collectivités locales, par contre la matière de conflit d'intérêts constitue la majorité des interrogations. Le partage entre intérêt public et intérêt privé pose encore de nombreuses difficultés de perception.

Le Service central de prévention de la corruption poursuivra, comme par le passé, sa politique d'information dans la presse et les revues destinées aux collectivités territoriales en y rappelant la possibilité d'avis préventif.

À l'occasion des lois touchant à la probité, le service a été entendu à plusieurs reprises par des commissions parlementaires.

ACTIONS DE FORMATION ET DE SENSIBILISATION

Comme les années précédentes, le Service central de prévention de la corruption a poursuivi ses actions de formation et de sensibilisation dans le cadre d'écoles d'application, des centres de formation publics et des grandes écoles et universités.

L'absence de corruption endémique en France dispense généralement le Service d'exposés à connotation moralisatrice et économique n'offrant qu'un intérêt pédagogique limité. Cette sensibilisation et cette formation sont principalement axées sur la pratique de détection et d'organisation des services en vue de parvenir à combattre ces infractions.

Le service est intervenu au cours de l'année 2008 auprès :

- des services de police au centre de formation de la Police nationale de Gif-sur-Yvette dans le cadre de la formation initiale. Environ une centaine de commissaires et d'officiers sont formés chaque année ;
- des services de la gendarmerie au centre national de formation de la Police judiciaire à Fontainebleau. Ce sont environ soixante officiers et sous-officiers de police judiciaire par an qui suivent ces formations ;
- les grandes écoles : le SCPC intervient régulièrement dans les grandes écoles. À l'École nationale d'administration (ENA), le SCPC est responsable d'un enseignement de formation continue intitulé « Prévenir la corruption » dans les cycles d'approfondissement et d'actualisation des connaissances (CAAC). Par ailleurs, dans le cadre du Cycle international spécialisé d'administration publique (CISAP) de l'ENA, à Paris et à Strasbourg, les conseillers du service interviennent dans plusieurs séminaires. Les séminaires abordent des questions plus techniques comme le contrôle, l'analyse et l'audit financier de la gestion publique et aussi les marchés publics. Un rapprochement est actuellement en cours auprès de l'École nationale de la magistrature pour renforcer de liens déjà très anciens ;
- les universités. Par ailleurs, le SCPC assure des enseignements dans plusieurs universités.

À l'université Robert-Schuman de Strasbourg dans le cadre du diplôme de troisième cycle né en 2004, sur la « *détection, la prévention et le contrôle du risque de fraude, de blanchiment et de corruption* ». Le SCPC intervient dans cet enseignement destiné à des étudiants tant en formation initiale que continue. Ces étudiants se destinent aux métiers de la finance et du droit des affaires.

Le SCPC assure également des cours dans les instituts d'administration d'entreprises de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, de Paris-V, de Poitiers, de Tours, Paris-I, Paris-II, Sceaux, où est abordée la prévention de la fraude, de la corruption et du blanchiment dans les entreprises. Des actions similaires sont développées dans le Centre technique d'études financières et d'ingénierie de la faculté de droit d'Aix-en-Provence. Plus de 150 élèves sont formés chaque année à ces disciplines.

Enfin, à l'Institut français de l'audit interne (IFACI) les conseillers du SCPC interviennent auprès d'auditeurs confirmés, de contrôleurs internes et responsables d'audit.

Ces actions du Service central de prévention de la corruption, peu connues ou mal comprises, ont permis au cours de l'année 2008 de toucher un public d'environ 2 800 personnes sous un des trois aspects : sensibilisation, formation à la prévention, formation à la détection.

Cette attention portée à la probité nous paraîtrait par ailleurs parfaitement pouvoir être développée par l'Éducation nationale dans le programme d'instruction civique et d'aide à l'apprentissage à la citoyenneté. Le service bénéficie à ce sujet de l'apport cette année d'un nouveau conseiller en provenance de cette administration.

ACTIONS INTERNATIONALES

Le SCPC répond à une demande de plus en plus croissante en matière de coopération internationale en harmonie avec le décret n° 2006 – 1113 du 4 septembre 2006 portant publication de la Convention des Nations unies contre la corruption, dite Convention de Mérida, adoptée à New York le 31 octobre 2003. À cette occasion, les déclarations de la France indiquent *« conformément à l'article 6-3 de la Convention (relatif à la prévention) la France désigne le Service central de prévention de la corruption ... comme étant l'autorité susceptible d'aider d'autres États à mettre au point et à appliquer des mesures spécifiques de prévention de la corruption ».*

Les demandes de coopération intervenant jusqu'à présent auprès de divers ministères dans une coordination relative, le Service a pu en cours d'année particulièrement apprécier la réunion de rationalisation sous l'égide de M. l'Ambassadeur chargé de la criminalité organisée tendant à donner un sens aux déclarations de la France.

Dans le cadre de ses actions internationales, le Service est amené à intervenir :

– sur le plan bilatéral : tant sur site auprès de nombreux pays demandeurs qu'en recevant des délégations à haut niveau de représentativité (Gabon, Venezuela, Mexique, Albanie, Ukraine, Irak, Niger, Burundi, Liban, Argentine, Chili, Chine, Madagascar, Roumanie, Russie).

Il est à signaler qu'au cours de l'année écoulée, le Service, dans le cadre d'un programme PHARE concernant la Roumanie en concertation avec la Grande-Bretagne, a été désigné chef de projet junior.

Pour l'année 2009, le SCPC a présenté en collaboration avec l'Italie, un projet de jumelage avec la Croatie ;

– sur le plan multilatéral : le Service central de prévention de la corruption participe aux travaux.

De l'OCDE dans le cadre de la convention signée le 17 décembre 1997. La loi n° 99-424 du 27 mai 1999 a autorisé la ratification de la convention. Le Gouvernement français a déposé son instrument de ratification auprès du secrétariat de l'OCDE le 31 juillet 2000. La convention est entrée en vigueur en France le 29 septembre 2000. Le SCPC participe en particulier aux travaux du groupe anticorruption et à ceux du comité de la gouvernance publique.

Par ailleurs, les membres du SCPC participent à des missions à l'étranger dans le cadre de l'initiative anticorruption pour les économies en transition et du programme SIGMA, programme conjoint entre l'OCDE et l'Union européenne pour développer des programmes de coopération dans les Balkans.

Du Conseil de l'Europe dans le cadre de la convention pénale signée à Strasbourg le 27 juillet 1999 et de son protocole additionnel signé le 15 mai 2003 (décret n° 2008 – 672 du 4 juillet 2008 portant application de la convention – *JO* du 6 juillet 2008).

Le SCPC assure non seulement une présence lors des réunions comportant examen par les pairs d'autres pays mais a grandement participé à la réponse de la France, en collaboration avec Tracfin dans le cadre du deuxième cycle d'évaluation par l'élaboration, à l'attention des professionnels concernés par le dispositif français, de guides d'aide à la détection des opérations financières susceptibles d'être liées à la corruption. Le service a, par ailleurs, été sollicité dans le cadre du troisième cycle d'évaluation (incrimination, transparence du financement).

Il convient de préciser qu'un membre du SCPC a assuré, en son temps, la présidence du Groupe d'États contre la corruption (GRECO) représentant plus de 40 pays.

En étroite collaboration avec le ministre des Affaires étrangères, le SCPC suit l'élaboration des mécanismes de mise en œuvre de la convention des Nations unies contre la corruption (Organisme des Nations unies contre la drogue et le crime – ONUDC).

Depuis 2004, le SCPC a initié une collaboration avec l'Office de lutte antifraude (OLAF) à Bruxelles pour des participations à des séminaires de sensibilisation aux méthodes de fraude aux intérêts communautaires.

ACTIONS VERS LES ENTREPRISES

Depuis 1996, à la demande de dirigeants d'entreprises du secteur public, le service a développé une politique de sensibilisation à la prévention de la corruption se traduisant par la signature de conventions de partenariat. Ces conventions ont été signées avec la SNCF, puis avec EDF. Elles se sont traduites, notamment, par des actions de formation des contrôleurs internes mais aussi des actions de sensibilisation aux phénomènes de corruption, destinées aux personnels les plus exposés, notamment ceux ayant vocation à partir à l'étranger.

Par la suite, le SCPC s'est engagé dans une action comparable à l'égard du secteur privé, encouragé par les recommandations intervenues dans le cadre des évaluations de la France, faites par l'OCDE et le Conseil de l'Europe. Ainsi, ont été sollicitées des grandes entreprises françaises de tout secteur, développant une activité commerciale internationale. Des contacts ont également été noués avec des organisations professionnelles ou syndicales représentatives pour les sensibiliser à la prévention de la corruption.

Force est de constater que ces initiatives à l'égard de grands groupes connaissent actuellement leurs limites malgré de nombreuses rencontres.

Ces groupes sont en effet dotés actuellement, dans leur extrême majorité, de département d'éthique et d'audit suffisamment performants. Ils ont su, par ailleurs, s'allier des apports extérieurs principalement dans l'évaluation du risque pénal et son externalisation.

Par ailleurs les alertes éthiques émanant des salariés, présentées comme existantes, ne connaissent dans leur grande majorité d'autres effets que des traitements internes peu significatifs en terme de lisibilité extérieure.

Par contre une action particulièrement intéressante est actuellement initiée à l'égard des petites et moyennes entreprises. En 2008, le SCPC, a, dans le cadre du groupe Intelligence économique du Comité national des conseillers extérieurs de la France (CNCCEF), participé à la rédaction de la deuxième édition du guide « Veiller futé à l'international ».

Ce guide a pour objectif d'aider les dirigeants de PME françaises dans leurs démarches à l'international, en les sensibilisant aux techniques de veille, afin notamment de prévenir les comportements contraires à l'éthique ou aux règles du libre-échange : distorsion de concurrence, espionnage industriel ou scientifique, contrefaçon, jeux d'influence, etc.

Chapitre II

LA CRISE DES « SUBPRIMES » ET LA RÉSURGENCE DES FRAUDES DANS LA FINANCE MONDIALE

Le Service central de prévention de la corruption ne pouvait être que particulièrement attentif aux origines de la crise économique actuelle.

En effet, le service, a depuis plusieurs années, préconisé comme principale parade à la corruption et à ses délits voisins une nécessaire régulation et la mise en œuvre d'instruments de contrôle.

Il était donc particulièrement intéressant de soumettre à l'analyse critique les évènements intervenus dans un secteur régulé et soumis à d'apparents contrôles pour apprécier les fausses sécurités que ces précautions ont pu induire.

Ces observations compléteront celles formulées dans ce rapport concernant plus spécifiquement l'expertise et l'audit.

La crise des « subprimes », qui a éclaté aux États-Unis dans le courant de l'année 2008, est à l'origine de la plus importante crise économique et financière depuis 1929. Il serait fort vraisemblable qu'une accumulation de dérives, dont certaines ont été occultées par ceux qui en tiraient des profits substantiels, ait contribué à son apparition. Il est aussi évident que les nombreux acteurs impliqués, à un titre ou à un autre, dans cette crise, n'ont, le plus souvent, pas cherché à comprendre ses causes et ses effets, et encore moins à les contrôler. L'importance de cette crise ne doit pas faire oublier qu'elle s'inscrit dans une longue série. On citera, notamment, celle de la tulipe hollandaise de 1637, le Scandale de Panamá qui ruina des dizaines de milliers d'épargnants français sous la Troisième République, la Grande crise de 1929, celle des caisses d'épargne dans les années 1980 aux États-Unis, la crise immobilière qui a affecté le Japon dans les années 1990, et celle liée à l'éclatement de la bulle d'Internet au début de ce nouveau siècle.

Ces crises ont des origines, modes de développement et caractéristiques qui leur sont propres. Cependant, il est frappant de constater qu'elles se sont, pour la plupart, accompagnées d'un nombre élevé de comportements délictueux. Dans certains cas, c'est la découverte de ces agissements délictueux qui a servi de révélateur de la situation de crise. Dans d'autres, ces comportements ont été mis à jour à l'occasion des investigations conduites après l'apparition de la crise et destinées à établir la réalité des situations financières et des responsabilités. La découverte de ces errements a périodiquement conduit à légiférer et à réglementer. On sait que le Glass-Steagall Act de 1933, qui a réglementé les activités bancaires aux États-Unis, fut une réponse au climat de corruption, de manipulation financière et de « trafic d'influence » qui avait contribué à provoquer la faillite de plus de 5 000 banques dans les années suivant la crise de 1929.

Et si l'on appliquait un modèle probabiliste, comme celui que les acteurs boursiers se plaisent tant à utiliser, il serait fort vraisemblable qu'un grand nombre de ces comportements frauduleux passés pourrait de nouveau avoir été employé par les acteurs impliqués dans la crise financière actuelle. De surcroît, de nouvelles dérives ont déjà été constatées et d'autres pourraient l'être, dont la mécanique est partiellement connue et explicable. Dans cette étude, l'analyse et la description de ces mécanismes vise à éclairer l'opinion, à guider d'éventuelles investigations, et au-delà, à s'interroger sur la façon dont les infractions communément constatées lors de crises précédentes auraient pu être mises en œuvre à cette occasion, aux États-Unis et dans les principaux pays touchés par la crise. Naturellement, il ne s'agit pas de condamner en bloc le système financier, ou, à l'inverse, de le mettre hors de cause en affirmant que toutes les difficultés actuelles proviendraient de comportements frauduleux ou d'une série d'infractions.

Le présent article se limitera à montrer comment le développement incontrôlé des prêts immobiliers et la titrisation ont conduit à la crise actuelle, puis à décrire le rôle joué dans cette crise par les prêts frauduleux et l'insuffisance des contrôles. Enfin, dans un troisième temps, seront formulées des préconisations tendant au renforcement de l'audit interne, à la notation des produits financiers, ainsi qu'à leur traçabilité.

LE DÉVELOPPEMENT INCONTRÔLÉ DES PRÊTS IMMOBILIERS ET LA TITRISATION SEMBLENT À L'ORIGINE DE LA CRISE ACTUELLE

La multiplication incontrôlée des prêts immobiliers sans garantie réelle et la titrisation, mécanique financière, qui a échappé à la régulation, apparaissent comme les causes les plus évidentes de la crise financière.

LA MULTIPLICATION INCONTRÔLÉE DES PRÊTS IMMOBILIERS SANS GARANTIE

La cause la plus visible de la crise a été le développement des crédits « subprimes »[1] aux États-Unis. Au départ, le mécanisme était relativement simple : des personnes désireuses d'accéder à la propriété immobilière, mais ne disposant pas de garanties suffisantes de remboursement, se voyaient proposer des prêts à taux variable moyennant des frais additionnels ou des taux d'intérêts plus élevés. Dans le langage bancaire, on parlait de supplément de prime.

L'ouverture de crédits de ce type a été élargie à bien d'autres produits financiers, qui par la suite se sont révélés, également, très dangereux :

- les crédits « Alt-A », autrement surnommés « prêts menteurs », pour lesquels l'emprunteur n'était pas contraint de fournir de véritables informations sur ses revenus et sur sa situation patrimoniale en général. L'inexactitude de ces informations était parfois patente et connue du personnel de l'agence bancaire qui instruisait le prêt ;
- les avances « Heloc » (Home Equity Lines of Credits), sorte de seconde hypothèque sur un bien déjà hypothéqué. Leur montant a été estimé à quinze milliards de dollars ;
- de nombreux prêts revolving ;
- les prêts « ARM » (Adjustable Rate Mortgage), dont les paramètres et les modalités de remboursement étaient variables.

Le plus souvent, le prêt était garanti par une hypothèque, et la hausse continue des prix de l'immobilier devait permettre son remboursement en cas de vente forcée du bien. Son modèle économique reposait donc sur l'hypothèse de la hausse continue des prix immobiliers. On pouvait ainsi négliger les garanties personnelles pour s'attacher à la valeur future d'un bien immobilier et offrir des crédits à des groupes d'emprunteurs à fort taux de défaillance. Cette situation était très

1. Un crédit hypothécaire est un crédit garanti par une hypothèque sur un bien immobilier. Cette forme de crédit permet souvent aux particuliers d'acquérir leurs résidences.

proche de celle qui avait prévalu lors de la crise des caisses d'épargne américaines quinze ans auparavant : les « predatory lending », sociétés de prêts pratiquant des taux d'intérêt exorbitants et facturant des frais très élevés, s'étaient alors intéressées aux quartiers pauvres des villes et aux minorités ethniques. Pour faciliter leur financement et réduire leur taux de risque, les établissements octroyant des crédits de « subprimes », ont titrisé les créances qu'ils détenaient.

LA TITRISATION, UNE MÉCANIQUE FINANCIÈRE QUI A ÉCHAPPÉ À LA RÉGULATION [2]

La titrisation n'était pas nouvelle [3], mais l'ampleur avec laquelle elle a été utilisée par les secteurs bancaire, financier et immobilier, qui a conduit à la dilution du lien entre actif réel, débiteur, créance et actif financier sous-jacent, n'a pas de précédent dans l'histoire. Et la participation des compagnies d'assurance dans ces opérations financières était loin d'avoir été négligeable.

Le mécanisme de la titrisation

Comme les alchimistes en leur temps, le secteur bancaire a cru trouver dans la titrisation la pierre philosophale permettant la transmutation du plomb en or. La dispersion du risque de défaut de remboursement des prêts parmi une multitude de porteurs aurait dû statistiquement garantir les profits.

Le processus de titrisation permettait de créer à partir d'une créance, (un prêt, par exemple), un instrument financier susceptible d'être revendu sur un marché liquide, c'est-à-dire dans lequel les échanges sont importants et répétés. La titrisation transférait le risque de crédit du prêteur à une autre entité. Même lorsque la différence entre le prix de vente et d'achat était faible, le nombre d'opérations rendait le placement intéressant, grâce aux possibilités ultérieures d'arbitrage.

2. Voir : Paul Jorion, *L'implosion*, Fayard, Paris 2007. « Voyage au pays merveilleux de la finance », l'article de J. J. Chicquelin, paru dans *Le Nouvel Observateur* (Nouvelobs.fr) et l'interview de J. F. Gayraud et N. Pons par Pascal Junghans dans *La Tribune* (Latribune.fr). Pour une vision très récente de la crise financière : l'avis du 26 février 2009 du Conseil économique, social et environnemental. *Journal officiel de la République française*, année 2009 – N° 6, vendredi 6 mars 2009.
3. La titrisation a été présentée comme une novation. Elle est cependant fort ancienne. Au XVIIe siècle, elle avait permis aux propriétaires terriens de monnayer leurs créances sur la paysannerie. En effet, les nobles, propriétaires terriens, avaient consenti des prêts aux paysans travaillant sur leurs terres. Leur proximité avec ces derniers rendait laborieuse la récupération des fonds avancés, dont une partie était finalement abandonnée. En se rapprochant de la Cour, les liens de la noblesse avec les paysans se sont distendus, et, parallèlement, ses besoins en trésorerie ont augmenté. Ces créances ont alors été revendues à des « avocats », qui ont utilisé les grands moyens pour les recouvrer.

La titrisation a été l'élément clé de la crise des « subprimes », car elle a rendu possible la diffusion en masse de prêts à des personnes aux revenus modestes, dont on savait statistiquement que nombre d'entre elles étaient insolvables. La titrisation a aussi donné le moyen à un nombre important d'acteurs du système de se « refinancer ». Elle a été le moyen pour certains acteurs qui n'avaient pas les capitaux suffisants, de recourir à l'effet de levier et réaliser des acquisitions plus importantes. Cette opération permettait d'obtenir des disponibilités nouvelles et d'attribuer de nouveaux prêts. La rémunération des intervenants dans le processus de titrisation était, pour sa part, composée des commissions reçues lors du conditionnement des titres, ce qui provoquait la hausse des cours des produits et l'augmentation des sommes perçues au titre de l'amortissement des prêts.

Ces valeurs disparaissant, également, du bilan, elles n'étaient plus provisionnées, et échappaient à l'obligation de servir les réserves statutaires [4].

Enfin, la titrisation impliquait de céder les actifs à des banques et des sociétés de refinancement hypothécaire, telles Fanny Mae et Freddy Mac [5], qui les restructuraient. Des « fonds communs de créances » rachetaient ces titres. Ces entités *ad hoc* étaient dénommées dans la terminologie américaine « Spécial Purpose Vehicle (SPV) et Structured Investment Vehicle (SIV) » [6]. Elles étaient surnommées aussi « conduits » ou « tuyaux ». Ces sociétés étaient créées avec une finalité précise. Une fois leur but atteint, elles étaient appelées, en principe, à se dissoudre. Les SPV émettaient donc des titres pour payer l'acquisition de leurs actifs, les acheteurs empruntaient pour payer ces titres.

Les SPV et les SIV pouvaient appartenir à des banques et être exploités par elles. Ils se comportaient comme de simples sociétés écrans permettant la mise hors contrôle de pans entiers d'activité. Ces supports étaient, en réalité, des fonds spéculatifs (« hedges funds ») [7]

4. Lorsque ces créances sont « rentrées » subrepticement dans les comptes, les sommes prêtées aux acheteurs de CDO et autres n'ayant pas été remboursées, l'obligation de provisionner ces dernières a contribué à assécher les liquidités.

5. Il s'agit d'organismes de prêt au logement qui ont été privatisés, mais étaient réputés continuer à bénéficier de la garantie de l'État. En 2008, la Federal Home Loan Montage (Freddie Mac) et la Federal Nationale Montgage Association (Fannie Mae) possédaient ou garantissaient environ 5 200 milliards USD du marché américain des hypothèques, évalué à environ 12 000 milliards USD.

6. Les Spécial Purpose Vehicle (SPV) et Structured Investment Vehicle (SIV) sont des Fonds communs de créances (FCC) régulièrement utilisés dans les opérations de déconsolidation *via* des techniques de titrisation de certains actifs des bilans des sociétés.

7. Les dits « fonds alternatifs » ou « fonds de couverture », ou (*hedge funds*) sont des fonds d'investissement et gestion de portefeuille. L'investissement minimal du fonds alternatif est généralement élevé : de quelques dizaines de milliers de dollars parfois, à plusieurs centaines de milliers plus souvent. N'étant par nature pas aussi régulés que les fonds de placement classiques, les fonds alternatifs ne peuvent être distribués au grand public et sont réservés à la catégorie des investisseurs institutionnels ou aux grandes fortunes.

abrités et gérés par les banques d'affaires. Ils ressemblaient beaucoup aux « investment trusts » utilisés lors de crise de 1929. De fait, ils échappaient à toute réglementation prudentielle. Pour se financer, ils émettaient des billets de trésorerie adossés à des obligations qui, elles-mêmes, étaient adossées à des actifs sous-jacents. Les actifs cédés étaient transformés en obligations payant un coupon remboursable à l'échéance, c'est-à-dire, en général, de trente années [8]. Ils étaient regroupés dans des produits complexes, tels les « Asset Backed Securities » (ABS) – valeurs mobilières adossées à des actifs – eux-mêmes pouvant être classés en d'innombrables sous-catégories, telles que les « Asset Backed Commercial Paper », les « Collaterized Debt Obligation » (CDO) [9], ou les « Résidential Mortgage Backed Securities », etc.

Ces produits répondaient à des besoins précis et parfois contradictoires : limiter le coût de refinancement, exploiter des opportunités d'arbitrage et transférer et redistribuer le risque de crédit à l'intérieur et l'extérieur de la sphère bancaire et financière. Toutefois, quelle que fût leur forme, les CDO's avaient en commun d'être émis sous la forme de millefeuilles structurés en tranches présentant des risques différents. En fonction de la tranche choisie, l'investisseur acquérait un produit plus ou moins risqué et en tirait une rémunération appropriée.

Pour synthétiser, la construction d'un CDO s'effectuait en trois étapes :
- en premier lieu, l'initiateur, souvent une banque, cédait son portefeuille de créances à une société *ad hoc* ;
- en second lieu, cette dernière émettait des tranches de CDO (refinancement) ;
- enfin les tranches étaient souscrites par les acheteurs.

La dilution du lien entre actif réel, débiteur, créance et actif financier sous-jacent

La gamme des entités, la nature, le nombre et la qualité des actifs sous-jacents se sont sans cesse élargis. C'est, pourtant, l'essor des dérivés de crédits qui a entraîné une réelle accélération du marché. Les titres ont

8. D'où le problème de leur évaluation en cas de crise, doit-on les évaluer en valeur actuelle ou à la valeur d'achat alors qu'ils seront exigibles dans plusieurs dizaines d'années ?

9. CDO (Collatered Debt Obligation) : titre de dettes fondé sur plusieurs actifs financiers de nature diverse. Ils regroupent, pour une émission de 1 à 2 milliards de dollars, différents actifs (120 à 250). Cette émission est découpée en trois tranches en fonction du risque accepté par les investisseurs : la tranche la plus risquée achetée par les « hedge funds », la tranche mezzanine à destination de gérants d'actifs ou des investisseurs pour compte propre et enfin, la tranche généralement notée AAA achetée par les assureurs monoline. (Rapport N° 6 du CESE – mars 2009). Dans le cas plus précis des subprimes, les CDO regroupent des certificats, parfois plusieurs centaines, empruntés à des ABS différents. Ils étaient très utilisés dans les opérations de financement à court terme (au jour le jour) pour des raisons fiscales.

été retraités selon un processus complexe : de nombreux titres représentatifs de créances ont été combinés afin d'agglomérer des risques particuliers. Ainsi, le risque le plus élevé devait être pondéré par des risques moindres et par les produits dérivés des crédits. Par exemple, sur une obligation présentant cinq tranches, le risque était structuré de la manière suivante [10] : les trois premières tranches (dites senior) étaient cotées respectivement AAA, AA, et A. Apparaissaient ensuite une tranche dite « junior » et une tranche résiduelle qui pouvait être considérée comme le fonds de réserve.

Les pertes éventuelles étaient censées s'imputer, en premier lieu, sur la tranche résiduelle et sur les autres tranches, en second lieu. Cette structure était élaborée suivant la théorie des probabilités. On compensait ainsi, croyait-on, les risques liés à chacune des créances. De sorte que les actifs sous-jacents des crédits hypothécaires de subprimes, ont été combinés à d'autres crédits hypothécaires, tels les crédits Alt-A, ou encore à des dettes sur des cartes de crédit ou à des leasing divers (avions ou bateaux). Ces crédits présentaient chacun une qualité différente avec des risques, des durées, des supports et des origines variables. On a ainsi élaboré des CDO, des CDO^2 (carré ou square), qui sont des CDO de CDO, mais également des CDO^3, qui sont des CDO de CDO^2, et des CDO synthétiques. L'avantage de ces produits financiers tenait à ce que bien que composés de Credit Default Swap [11] (CDS) leur comportement était semblable à des CDO [12].

Ces « lots » de créances ont été largement commercialisés en transférant le risque de défaut de remboursement du crédit initial. La rémunération du placement devait excéder les risques qu'il recelait, le rendant plus attractif. Encore une fois les observateurs, pour un temps enthousiastes, ont oublié un principe fondamental suivant lequel « la mauvaise monnaie chasse la bonne » et que ces produits ne pouvaient que devenir toxiques.

Le mécanisme de mutualisation des risques imposait, toutefois, l'intervention des sociétés d'assurances.

10. On avait ici recours à une distribution normale ou dite de Gauss.
11. CDS (Credit Default Swap) : contrat entre deux entités, une acheteuse de protection et l'autre vendeuse de protection contre un risque de défaut de paiement d'un émetteur de dette. C'est une inscription hors bilan qui matérialise le transfert du risque de crédit. (Rapport N° 6 du CESE – mars 2009.)
12. In Paul Jorion, *L'implosion. La finance contre l'économie*, Fayard, Paris, 2008.

L'IMPLICATION DES ASSUREURS DANS LA CRISE DES «SUBPRIMES»

Les compagnies d'assurance ont eu un rôle nouveau et extrêmement important dans la crise des subprimes. Elles ont garanti les emprunts immobiliers et des produits titrisés, tout en achetant des créances titrisées pour leur compte propre.

Le «rehaussement d'obligations» [13] consiste pour une compagnie d'assurance à garantir un risque de défaillance d'obligations et des entités couvertes. Aux États-Unis les compagnies spécialisées dans cette activité sont dites «monoline». L'activité de rehaussement d'obligations s'est développée dans ce pays pour le compte des collectivités locales. Par la suite, les rehausseurs de crédits américains ont également apporté leur garantie à des produits titrisés (en particulier les paquets de créances CDO).

L'assurance «monoline» fait l'objet d'une réassurance qui, structurellement, ne se présente pas comme une véritable réassurance, puisqu'elle vient en couverture d'une opération qui n'est pas une véritable assurance. Cela rappelle les CDO's synthétiques qui imitent le comportement d'une obligation.

Pour comprendre ce type d'assurance, il faut en revenir à l'indice ABX [14], qui mesure la valeur d'un «panier d'ABS» émis par divers organismes. Dans ce système, deux structures s'accordent, de gré à gré, sur les points suivants:

– le vendeur assume les pertes que l'acheteur pourrait subir à la suite de la défaillance d'un tiers. Cela sous-entend que le vendeur ne croit pas à la défaillance du tiers en raison de son excellente notation ou pense être en mesure de trouver une contrepartie susceptible de prendre en charge tout ou partie de la perte;
– l'acheteur verse au vendeur une prime déterminée en fonction du risque perçu au moment de l'échange. On relève l'importance de la notation dans ce schéma.

13. Les assureurs d'obligations ou «rehausseurs de crédit» couvrent (*credit default swaps*) le risque de défaillance d'obligations. Le rehaussement de crédit est une opération financière par laquelle un établissement financier spécialisé, appelé rehausseur de crédit (ou *monoline* en anglais) apporte sa garantie à un organisme (public ou privé) qui émet des emprunts sur les marchés financiers. L'intérêt du rehaussement de crédit provient du fait que le taux d'intérêt auquel un emprunteur peut lever des capitaux sur les marchés est directement corrélé à sa solidité qui est classiquement mesurée par la note qui lui est attribuée par une agence de notation financière. Le rehausseur de crédit, qui jouit par nécessité professionnelle de la meilleure note possible (AAA), fait bénéficier les crédits qu'il garantit de sa propre notation ce qui permet au final à l'emprunteur de bénéficier d'un taux d'intérêt moins élevé.

14. Abréviation d'ABS index.

En fait, le risque est totalement pris en charge par le vendeur, qui, en cas de baisse, assure le règlement de la perte, à moins de s'être également assuré contre ce risque.

Dans le calcul des primes, les vendeurs acceptent les risques et en facturent la garantie. Actuellement, une part importante des produits assurés faisant défaut, certaines compagnies d'assurances risquent la faillite, et en particulier, celles qui ont acheté ces produits avec leurs fonds propres ou en s'endettant. La déconfiture de ces structures, dont le capital social était très faible au regard des sommes assurées, fut extrêmement rapide lorsque les CDO contenant des tranches adossées à des « subprimes » se mirent à être dépréciées.

Une fois ces produits « assurés », ils ont été vendus à diverses structures dont de nombreuses banques et compagnies d'assurances européennes et asiatiques, ou à des financiers d'entreprises. Certaines structures, dont l'assureur AIG, se sont comportées comme de véritables fonds spéculatifs. Elles ont émis massivement des swaps sans provisionner la couverture des risques afférents, aidés en cela par le vide juridique entourant les produits « dérégulés ». L'assureur a donc effectué un travail de banquier sans prendre de mesures prudentielles.

Toutes ces opérations ont produit un important flux financier à partir duquel les divers prêts et avances entre structures ont été effectués, en créant des implications directes et indirectes qui réapparaissent actuellement. Les investisseurs trouvaient un grand intérêt dans ces produits complexes. Ces outils risqués, mais bien évalués par les agences de notation, leur procuraient une rémunération bien plus importante que tout autre titre. Les noms des structures garantissant ces opérations constituaient, par ailleurs, une garantie solide pour tout acheteur.

De plus, une partie de ces créances a été portée sur le marché des produits dérivés. Un contrat de produits dérivés était passé entre deux parties, un acheteur et un vendeur et fixait des flux financiers futurs fondés sur ceux d'un actif sous-jacent, réel ou théorique, généralement financier. Ce marché protégeait des variations susceptibles d'altérer la valeur des créances et plus généralement permettait de spéculer en utilisant l'effet de levier. Les opérateurs pouvaient être liés aux banques ou à des fonds. À partir de leur portefeuille d'actions et de la valeur de leurs actifs, ils se garantissaient mutuellement de l'évolution du taux ou du prix d'un produit sous-jacent. Ce marché ne requérait aucun placement initial, ou seulement de faible montant, et le règlement s'effectuait à une date future. Ces opérations généraient des milliards de dollars de bonus

et des bénéfices considérables pour les banques [15]. Ces outils se situaient de plus en plus dans le domaine spéculatif et abandonnaient celui de l'assurance [16]. La description des mécanismes met en valeur l'imbrication et la complexité extrêmes du système sur lesquelles des prêts frauduleux pourraient s'être épanouis, à la faveur, notamment de contrôles insuffisants.

15. Les bonus de 2006/2007 auraient porté sur 35 milliards de dollars. Ce chiffre est cependant sujet à caution, les bonus étant épars et dilués, leur totalisation est délicate à effectuer. Ils ont été, c'est la seule certitude, considérables.
16. Ils sont actuellement évalués à plus de 60 000 milliards de dollars. Leur montant nominal serait supérieur au PIB mondial.

DES PRÊTS QUI POURRAIENT ÊTRE FRAUDULEUX ET DES CONTRÔLÉS INSUFFISANTS

À la lumière des crises passées et des mécanismes financiers ayant conduit à la crise actuelle, il est probable que des investigations ultérieures mettront en lumière un nombre important de prêts immobiliers entachés de montages frauduleux, et rendus en partie possibles par des contrôles insuffisants.

DES PRÊTS IMMOBILIERS QUI POURRAIENT ÊTRE ENTACHÉS DE MONTAGES FRAUDULEUX

Des fraudes dans les secteurs immobilier et financier

Le marché immobilier et des travaux publics est, en raison de son importance économique et de ses conditions propres de fonctionnement, souvent l'objet de fraudes qui peuvent survenir à ses différents stades et concerner tous ses acteurs. Ainsi, l'éclatement de la bulle immobilière japonaise a permis la découverte d'un nombre considérable de fraudes ayant affecté le secteur immobilier de ce pays et le secteur bancaire et financier qui y était associé. Il est vraisemblable que des fraudes similaires seront découvertes aux États-Unis. Il resterait à déterminer si des fraudes systématiques, organisées, souvent au plan national, auraient été organisées à la fois par des dirigeants de banques et par des bénéficiaires extérieurs. On retrouverait alors la gamme classique des infractions qui tend à accompagner les bulles spéculatives et les périodes d'expansion.

La multiplication des intervenants dans le secteur du crédit immobilier

L'offre des prêts « subprimes » a eu un grand succès. Ainsi, 2,2 millions d'Américains auraient bénéficié de ces facilités entre 1998 et 2006. Le développement du crédit immobilier a été accompagné par la multiplication du nombre d'intervenants sur toute la chaîne du crédit allant du consommateur aux organismes de refinancement.

La plupart du temps, les structures qui proposaient aux consommateurs ces produits n'étaient pas des banques, mais des sociétés spécialisées dans le crédit immobilier à risque. Elles se finançaient en empruntant auprès des banques et des établissements financiers. Par ailleurs, des milliers de courtiers individuels, ou organisés en sociétés

de courtage, démarchaient les clients pendant la période d'expansion économique et plaçaient les produits commercialisés par les établissements prêteurs. De nouveaux entrepreneurs, parfois des aventuriers à l'esprit créatif et motivés essentiellement par un enrichissement rapide, ont compris le profit qu'ils pourraient tirer de cette activité.

À ce stade, deux ou trois niveaux d'opérations successives apparaissent, traitées dans une période de temps très courte et permettant une rémunération, souvent sous la forme de bonus. Les deux premières strates sont occupées par des individus ou des entreprises peu capitalisées, parfois créées pour la circonstance, et dont le contrôle interne, lorsqu'il existe, n'est pas la priorité. Chacune des ventes immobilières, pour les intermédiaires comme pour les structures qui prêtent les fonds, génère des bonus élevés calculés sur les fonds « placés ». Leur intérêt immédiat est donc de vendre le plus grand nombre de « contrats », pour des montants les plus élevés, en négligeant les risques.

Le fractionnement de la chaîne du crédit dans le schéma organisationnel des structures participantes est essentiel. Il rend impossible l'établissement d'un schéma de contrôle exhaustif et cohérent. La multiplication des structures intervenant dans les montages augmente le risque d'erreurs et de fraudes, faute de vision globale des opérations et des risques.

Les mécanismes de fraudes du secteur immobilier qui pourraient avoir été mis en œuvre

Les fraudes susceptibles d'apparaître s'apparenteraient à des montages classiques, peu élaborés, développés dans le seul secteur immobilier. En amont du processus, il y aurait de fortes chances que les manipulations suivantes soient constatées :

– faux documents intégrés dans les dossiers de demandes de prêts afin de faciliter l'acceptation de l'opération (fausses déclarations salariales, de revenus, d'identité ou de qualité) ;
– faux dossiers permettant aux proches des courtiers de bénéficier des prêts ;
– complicités entre responsables des agences bancaires, courtiers et prête-noms ;
– fausses demandes de prêt permettant à l'intermédiaire de détourner à titre personnel les sommes prêtées (une escroquerie classique au prêteur) ;
– existence de structures pyramidales dédiées à la recherche de « clients » et à la remontée des fonds ; ces structures sont souvent développées à partir de sociétés sans fonds propres, elles-mêmes financées par les opérations générant des bulles financières ;

– aménagement de la comptabilité : ainsi certains prêts « subprimes », titrisés, résulteraient de ventes en cascade d'immeubles en ruine dont l'acte de propriété n'était remis à l'acheteur qu'au bout de six mois. Le taux de défaillance pendant cette période était de 30 %.

En aval, au moment de la construction des immeubles, on retrouverait les fraudes habituelles dans le bâtiment et les travaux publics. On signalera, parmi celles-ci, le travail clandestin, et, surtout, en fin de période, les faillites frauduleuses de sociétés qui, après avoir détourné les fonds versés par les acheteurs, interrompent brutalement les programmes, les laissant ainsi sans recours. La presse a donné une multitude d'exemples de ce genre de pratiques dans l'immobilier espagnol ou, plus rarement, dans quelques programmes en France.

On sait, par ailleurs, que les divers délits liés à la corruption peuvent accompagner les différentes étapes d'un programme de grands travaux. La corruption est ainsi présente dans :
– l'attribution des permis et autorisations de construire d'origine, modificatifs, complémentaires ;
– la réception de travaux inexistants ou comportant de malfaçons.

On devrait, également, identifier un certain nombre de montages croisés, dits aussi triangulaires. Dans ceux-ci l'emprunteur qui achète, le courtier qui commercialise et l'expert qui évalue le bien, sont complices. La victime est l'organisme prêteur, incapable de recouvrer sa créance au moment de la vente du bien.

DES CONTRÔLES INSUFFISANTS

La chaîne allant du crédit à la financiarisation des opérations immobilières était devenue extrêmement complexe et le nombre des acteurs y participant s'était considérablement accru. Dès lors, les contrôles indispensables devenaient de plus en plus difficiles. Les premières constatations mettent en lumière des carences répétées dans les contrôles internes et externes, comme dans les systèmes d'évaluation et de notation.

Les défaillances du contrôle interne et notamment de l'audit

Les contrôles internes constituent un ensemble de dispositifs en vue d'obtenir l'assurance raisonnable de la maîtrise permanente de l'activité d'une structure. Ces contrôles passent par l'établissement de procédures et la nomination d'agents, qui, à l'intérieur de la structure, sont chargés de vérifier leur mise en œuvre et leurs résultats. Ces contrôles peuvent

porter sur des aspects très différents tels le respect de la législation, de la sécurité des installations, de la solvabilité des contreparties. Parmi les agents chargés de les mettre en œuvre, on compte les inspections internes et les auditeurs internes[17].

Ces contrôles internes permettent de réduire les risques de fraudes. Par exemple, l'obligation d'audits internes a réduit la participation de certains courtiers en assurance à des opérations de blanchiment d'argent[18]. Alors qu'un certain nombre de structures touchées par la crise financière, notamment bancaires[19], étaient soumises à des contrôles, l'ampleur de la crise et des découvertes possibles devrait conduire à s'interroger sur la pertinence des audits. À l'intérieur des différents contrôles le cas des audits internes mérite examen.

L'audit est facultatif à moins que la réglementation ou une « clause d'auditabilité » ne l'impose. Au sein de certaines structures tenues à cette obligation, celle-ci a souvent été inefficace car réduite à une simple opération formelle, à laquelle la hiérarchie, n'accordait que peu d'importance. De plus, chaque structure indépendante aurait eu tendance à s'en décharger sur une autre, si bien que les courtiers, banques ou assureurs attendaient tous qu'un tiers effectue les contrôles nécessaires avant d'attribuer un prêt. Et l'on peut affirmer qu'aux États-Unis, de manière générale, le contrôle n'existait qu'en pointillé, en amont de l'attribution des prêts par les banques.

Des défaillances existeraient aussi dans la phase elle-même d'attribution du crédit. Elles apparaîtraient sans doute dans la méthodologie de contrôle plus générale appliquée par les comités de crédits. En effet, ceux-ci n'avaient, sauf vigilance exceptionnelle, comme dans le cas des prêts aux entreprises industrielles, pas de contacts avec les entrepreneurs

17. [1] L'audit interne est une activité indépendante, objective et impartiale, exercée dans une organisation (entreprise, organisme...), par des personnes formées, le plus souvent de l'organisation et en équipe. Elle est conduite pour produire de la valeur ajoutée pour cette organisation en lui apportant assurance sur son fonctionnement et conseils pour l'améliorer : l'audit l'aide à atteindre ses objectifs par une approche systématique et méthodique d'évaluation et d'amélioration des processus de management des risques, de contrôle et de gouvernement d'entreprise.

18. La soumission des courtiers aux obligations d'audit, en application de la réglementation applicable aux compagnies d'assurance et la responsabilité conjointe des contrôles, ont réduit leur participation à des opérations de blanchiment d'argent. Cette responsabilité ne donne toutefois qu'une vision limitée et restrictive et laisse une large marge de manipulation dans le cadre imparti (faux documents, sur ou sous-évaluation dans le cadre de l'enveloppe ou du contrat, etc.).

19. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a énoncé des recommandations encourageant l'application de saines pratiques de gestion des risques, parmi lesquelles le recours à l'audit interne. Ce comité, institué en 1975 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix, rassemble les autorités de contrôle des banques. Il est composé de hauts représentants des autorités de contrôle bancaire et banques centrales d'Allemagne, de Belgique, du Canada, des États-Unis, de France, d'Italie, du Japon, du Luxembourg, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de Suède et de Suisse. Ses réunions ont habituellement pour cadre la Banque des règlements internationaux, à Bâle, siège de son Secrétariat permanent.

du bâtiment ou les emprunteurs. Les décisions étaient, par conséquent, prises sur la base d'informations partielles ou partiales.

De plus, la croyance était répandue que la fraude ne présentait aucun risque pour le système économique. Et malgré cinq années de croissance ininterrompue du secteur, aucun investisseur n'imaginait qu'un retournement pût intervenir.

Les carences des auditeurs externes

Les défaillances des contrôles institutionnels ont été largement analysées [20]. Dans la présente étude on s'en tiendra donc aux auditeurs externes. Ceux-ci sont des mandataires d'une structure chargés d'effectuer certains contrôles, selon certaines méthodes et pendant une période donnée, par exemple les commissaires aux comptes ou les cabinets d'audit. Il semblerait que dans certains cas les méthodes, les objectifs n'étaient pas pertinents, ou que les responsables de leur mise en œuvre n'auraient pas complètement rempli leurs missions. Ainsi, les auditeurs externes chargés d'expertiser la valorisation des CDS et autres CDO n'auraient disposé que de peu de moyens pour contrôler les méthodes mathématiques, voire la qualité des outils figurant aux bilans. Paul Jorion [21], cite une publication spécialisée de l'Union des banques suisses qui reconnaissait que le type de CDO « au carré », c'est-à-dire un CDO composé d'autres CDO, eux-mêmes composés de tranches de CDS, étaient difficilement contrôlables. Pour contrôler un CDO composé de 125 titres, il aurait fallu disposer d'informations portant sur un total de 9 375 titres.

Les carences et les irrégularités de l'évaluation

Face à la complexification de la chaîne du crédit, la notation financière revêtait la plus grande importance. La notation financière est l'appréciation, par une agence de notation financière, du risque de solvabilité financière d'un agent (entreprise, État, collectivité publique...) et d'une opération (emprunt, emprunt obligataire, opération de financement structurée, titrisation...). Le processus conduit à l'attribution d'une note correspondant aux perspectives d'exécution par un agent de ses engagements envers ses créanciers. La notation relève de la compétence d'agences de taille importante et dont les opinions ont un impact fort sur les décideurs. Or, il apparaît que dans la crise actuelle, ces agences n'ont pas correctement rempli leur mission.

20. Rapport du Conseil économique, social et environnemental, *La crise bancaire et la régulation*, *JO*, N° 6, 6 mars 2009.
21. *Ibidem*.

D'une part, les agences de notation n'ont pas su s'adapter et ont continué à appliquer des méthodes d'évaluation inadaptées aux produits titrisés, sous-estimant gravement les risques. De plus, les agences ont développé une croyance excessive dans les modèles mathématiques utilisés pour évaluer le crédit des sociétés et les instruments qu'elles aidaient à structurer. Les notations ont été effectuées, comme les évaluations courantes, à partir de modèles. Les régulateurs des organismes financiers américains ont validé deux types de modèles : les modèles « scientifiques » et ceux correspondant à une « norme sectorielle ». Ces modèles comportaient un nombre considérable de variables, dont le degré de certitude pouvait être très faible, extrapolant des comportements futurs à partir de données passées. En fait, les notateurs collationnaient des séries de données sur des populations spécifiques et produisaient une note qui évaluait la possibilité de défaillance. Ces séries semblaient ignorer ou négliger la conjoncture économique ou les faits extérieurs au modèle [22]. Ainsi, la chute générale de l'immobilier et son impact sur le cours des ABS n'avait pas fait l'objet d'une évaluation de risque. Et aucun modèle n'avait envisagé la crise de liquidité et l'impossibilité de vendre les produits financiers.

Ces modèles semblent avoir négligé que des défaillances puissent survenir de manière simultanée. La bulle financière a donc été construite à partir d'un mélange de modèles partiellement pertinents, mais sur lesquels aucun doute n'a été émis. Les carences des contrôles internes n'ont fait qu'amplifier le phénomène. Les analystes détenaient ainsi des pouvoirs considérables dans la mise en place, l'évaluation et la notation de produits que parfois ils étaient incapables de comprendre [23].

D'autre part, certaines agences de notation se sont trouvées en situation de conflit d'intérêts. En effet, elles ont agi en tant que conseils auprès des émetteurs, en vue de définir la qualité, la structure, les seuils « déclencheurs » des produits finalement distribués aux acheteurs [24]. Les agences de notation facturaient donc des prestations pour structurer les produits, puis les notaient ou en modifiaient l'évaluation. Et afin d'obtenir une excellente évaluation de leurs produits, leurs émetteurs étaient tentés de confier des missions de conseil à des agences d'évaluation, qui,

22. De plus, dans un cas au moins, à la suite d'une erreur informatique, l'une de ces agences aurait surnoté de quatre points certains produits.

23. Le D[r] Shahin Shojai, rédacteur en chef du « journal of Financial Transformation » a déclaré : « il ne se passe pas une journée sans que des investisseurs se demandent s'ils comprennent vraiment les produits dans lesquels ils investissent. La complexité d'un grand nombre d'instruments nouveaux est simplement trop forte pour la plupart des investisseurs, même les plus avertis ».

24. Le transfert de fonds d'une tranche vers l'autre est déclenché par l'importance et le nombre des retards de paiement évalué par l'indice ABX. Dans le cadre de l'évaluation de ces produits, parfois six ou sept spécialistes échangeaient, chacun exposant la spécificité et la technicité propre au support.

compte tenu des budgets en jeu, pouvaient difficilement les refuser[25]. S'est alors établi un lien de dépendance économique rendant la notation sujette à caution. Les précédents d'Enron et de Parmalat n'ont apparemment pas servi de leçon. Les agences vendaient aussi aux mêmes clients des analyses, des prestations et des avis pour des montants très élevés. La Commission européenne a récemment interdit cette pratique.

On observera que, par ailleurs, ces analystes faisaient l'objet de pressions émanant de leurs employeurs pour vendre leurs prestations et qu'une partie de leur rémunération a échappé à l'impôt grâce à des paradis fiscaux et accords « d'intéressement », exonérés des taxes les plus lourdes.

En même temps, toutes les agences de notation disposaient de codes de déontologie[26], de services d'audit internes, de contrôles externes et de mécanismes de régulation dont la faiblesse a été patente. La situation est similaire à celle constatée dans l'affaire d'Enron : les mêmes personnes organisaient les montages, en évaluaient la qualité, le potentiel commercial. Elles percevaient alors trois types de rémunérations à trois stades différents : à la création du produit, à sa vente et lors des opérations de cotation. Les auditeurs internes et externes validaient ces opérations.

LES DÉFAILLANCES DU SECTEUR BANCAIRE, FINANCIER ET DE L'ASSURANCE

La crise a touché dans un premier temps le secteur bancaire et financier et celui de l'assurance. Dans la même démarche que précédemment, on s'attachera aux comportements qui pourraient constituer des fraudes ou infractions. Sur la question très importante du rôle des paradis fiscaux et financiers dans la présente crise, on renverra à l'article contenu dans ce rapport.

Le secteur bancaire et financier a eu recours aux outils les plus sophistiqués et parfois les plus occultes pour la gestion des subprimes. Ainsi les SIV, les banques d'investissement et les fonds alternatifs ou « hedges funds », dont la combinaison a été qualifiée par certains auteurs de « systèmes fantômes », car échappant à tout contrôle. Et on constate que des efforts considérables ont été accomplis pour soustraire ces opérations du cadre de contrôle. Ainsi, des SIV ont été créés dans des paradis fiscaux et financiers, afin de les faire échapper à la législation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent.

25. L'évaluation de la prestation peut aller de 100 000 à 300 000 euros et plus.
26. Elles avaient évité l'application d'un code de bonne conduite en prétendant que l'autorégulation était préférable car respectée par tous.

Dans d'autres cas, on a assisté à des situations de conflits d'intérêts. Certaines banques bénéficiaient des commissions lors des opérations de titrisation tout en percevant l'intérêt des sommes prêtées aux structures financières qui achetaient ces mêmes produits. Le risque évident de défaut de paiement était réparti entre un grand nombre d'acteurs. En même temps, la notation de ces produits permettait de les commercialiser au meilleur prix sur le seul nom de la banque qui les avait structurés.

Dans le secteur des produits dérivés, les fraudes qui sont susceptibles d'être mises à jour sont plus élaborées[27]. Il s'agirait de fausses déclarations, destinées à tromper ou à ne pas informer complètement les clients. La manipulation pourrait aussi porter sur les comptes, en employant des artifices bien connus, en particulier, en occultant de façon délibérée les pertes et contentieux à venir. Ces fausses déclarations peuvent intervenir au cours des périodes de forte croissance – comme on l'a précédemment exposé – et en période de décroissance. Pendant cette dernière, les manœuvres organisées en période de croissance sont plus aisément identifiées.

LES MANIPULATIONS BOURSIÈRES ENVISAGEABLES

À l'occasion des multiples opérations boursières, qui ont accompagné les montages précédents, on pourrait relever, à côté des manipulations classiques du secteur, les infractions suivantes :

- détournement de gains ou d'actifs au préjudice des titulaires de comptes et au profit de dirigeants des établissements financiers teneurs des comptes[28]. Dans ces circonstances, les virements au crédit du compte d'un dirigeant d'établissement financier auraient dû pourtant faire l'objet d'une déclaration de soupçon ;
- comptabilisation des ordres de certains clients, les plus importants, à la valeur liquidative, après la clôture des marchés. Ce type de manipulation est depuis fort longtemps utilisé dans les courses hippiques par le grand banditisme. Ces pratiques, dites de « late-trading », pourraient ne pas avoir fait l'objet de contrôles appropriés. C'est une stratégie particulièrement lucrative en termes de bonus et de chiffre d'affaires. On retrouverait ici les mêmes montages que ceux qui ont été décrits avec les agences, la manipu-

27. On retrouve, cependant, les mêmes comportements relatés plus haut, affaires entre complices, opérations hasardeuses non contrôlées, car apporteuses de bonus accompagnées de fuites en avant.
28. Contrôles effectués sur des « mutual funds » par la Securities and Exchange Commission (SEC) américaine au cours des années 2006/2007.

lation apportant l'assurance de disposer de bonus constants et d'un chiffre d'affaire solide ;
- détournements présentant le même schéma opérationnel, au bénéfice de certains clients ou pour leur compte propre ou encore pour le compte de proches, des plus values réalisées à l'occasion de placements effectués avec les fonds d'autres clients. Ces montages sont souvent plus aisés à l'occasion d'opérations de gré à gré, donc sans contrôle intermédiaire, et dans des périodes pendant lesquelles les cours des valeurs varient fortement. Et dès lors que le contrôle interne est absent, le corrompu ou le fraudeur pourrait manipuler les ordres ou donner les explications contraires à la réalité ;
- l'information et le traitement des souscripteurs ont pu aussi avoir été manipulés. Ainsi, une manipulation aurait consisté, pour certains fonds, à inciter certains de leurs clients à acheter leurs produits, alors que les gérants de ces organismes, parfaitement informés du risque, retiraient leurs avoirs ou avertissaient leurs clients les plus importants ;
- organisation d'une « bouilloire », très ancien montage, qui consiste à faire varier, avec des complicités, par des achats importants et des communications falsifiées, les cours des actions ou de matières premières, de manière purement artificielle, afin d'en tirer un bénéfice lors de la vente ;
- multiplication des achats et des ventes (écrétage) : ces allers-retours sans cause apparente, augmentent sensiblement les commissions liées aux opérations. Cette pratique est illégale lorsque les opérations sont effectuées sur des produits sophistiqués, sur lesquels les clients n'ont pas de lisibilité ou ne disposent de documentation suffisante ;
- délits d'initié qui pourraient se manifester par la multiplication de ventes ou achats à découvert permettant de retirer des plus values, ou provoquant la baisse de la valeur d'actions de sociétés que l'on souhaite racheter.

Enfin, il est vraisemblable que l'on découvrira l'utilisation de manipulations plus habituelles, telles que :
- le refus de couverture ou des retards dans le remboursement des échéances ;
- les ventes à découvert ou ventes nues assorties d'un défaut délictueux de contrepartie ;
- l'utilisation de rumeurs diverses et de délits d'initiés. Les privatisations d'actifs publics comportent souvent un risque non négligeable de commission de ce délit. Ainsi, il est tentant pour un spéculateur bien informé de provoquer artificiellement la baisse du cours boursier de l'actif, de racheter les titres à un cours déprimé, et de les

revendre à un cours supérieur au moment de la privatisation. Là aussi, les ventes et les achats pourraient intervenir à découvert.

Enfin, on constatera que les mouvements de dérégulation engagés depuis plusieurs années, ont supprimé les séparations entre les banques commerciales, les banques d'investissement et les sociétés d'assurance. La privatisation, le développement des jeux boursiers ont ouvert à la criminalité des perspectives de profit nouvelles. Les divers prestataires, courtiers, agences, prêteurs ont intérêt à l'expansion du système et ont mis en œuvre des moyens considérables pour y parvenir.

Toutes ces mauvaises pratiques, tous ces mauvais produits financiers, ces « mauvais prêts » (bad loans), parfois fictifs, se sont en définitive propagés, tels de virus, et ont infecté le système financier mondial.

QUELQUES PRÉCONISATIONS TENDANT AU RENFORCEMENT DE L'AUDIT INTERNE, À LA NOTATION DES PRODUITS FINANCIERS ET AU RENFORCEMENT DU LIEN ENTRE LES PRODUITS FINANCIERS, TRAÇABILITÉ ACCRUE DES FLUX FINANCIERS

La première préconisation porte sur le renforcement du rôle des auditeurs ; la seconde est plus ambitieuse et s'inscrit partiellement dans les directives arrêtées lors du dernier sommet du G20. Enfin, des interrogations seront offertes à la réflexion.

LE RENFORCEMENT DU RÔLE DES AUDITEURS

La crise a montré qu'il conviendrait de modifier la philosophie et la méthodologie des contrôles.

Il serait, d'abord, souhaitable d'améliorer le processus de sélection et de formation des auditeurs. Le philosophe Alain, dans l'un de ses « Propos sur le bonheur », dissertait sur la nécessité de nommer dans un ministère technique un spécialiste du secteur ; il récusait ce postulat, car, écrivait-il, *« il n'est pas nécessaire d'être un bon cuisinier pour s'apercevoir que la sauce a brûlé, un bon odorat suffit »*. Le spécialiste est indispensable... dans sa spécialité. Si on choisit des contrôleurs et des commerciaux présentant les mêmes caractéristiques et le même type de formation, un biais se crée mécaniquement. On se connaît, on se comprend, on s'admire, on attend parfois le retour d'ascenseur, pire, on ne se méfie pas. Ainsi un risque particulier résiderait dans le retour des traders et des gestionnaires de hedges funds au sein des instances de contrôle. À l'opposé, il serait souhaitable d'élargir le recrutement des auditeurs. Les « chasseurs de fraudes » présentent souvent un profil atypique, du bon sens et une grande expérience. La capacité de s'opposer est aussi essentielle et il faut la protéger. Quelques connaissances dans le domaine comptable ou informatisé et dans les montages frauduleux seraient évidemment utiles.

La crise des « subprimes » a, ensuite, démontré que, manifestement, les analyses des auditeurs ne portaient pas sur les bons supports ou qu'elles n'étaient pas prises en compte. L'analyse devrait d'abord s'organiser autour des principes suivants :

– refuser les contrôles formels et de masse et à l'opposé descendre dans le détail de chacune des opérations, même si l'activité s'en ressent ;

– rationaliser la recherche des fraudes et appliquer une méthode et développer quelques analyses incontournables. *« Pour lutter contre l'habileté de l'homme, il n'y a que l'homme »*, en 1971, Maurice Rolland, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, a émis cette opinion toujours justifiée. L'investigation doit être conduite par des hommes et porter sur d'autres hommes. On ne saurait pas plus limiter l'analyse aux processus et aux complicités, il faut remonter aux instigateurs ;
– rejeter le modèle « Panglossien » [29]. Certains, tel le héros de Voltaire, précepteur de Candide, ont tendance à ne voir que le bon côté des choses, préférant ignorer la présence de problèmes ;
– donner aux auditeurs une base solide dans l'analyse criminelle. Elle est à ce jour indispensable, en raison de la présence grandissante de groupes de crime organisé dans l'économie. Les études juridiques à prédominance pénale sont les bienvenues, puisqu'on y aborde la fraude, la corruption et le blanchiment.

Enfin, les avis des auditeurs doivent être pris en compte par les personnes auxquels ils sont destinés.

AMÉLIORER LA NOTATION DES PRODUITS FINANCIERS, LE LIEN ENTRE LES PRODUITS FINANCIERS ET LEURS SOUS-JACENTS MATÉRIELS AINSI QUE LA TRAÇABILITÉ DES FLUX FINANCIERS

La crise doit être un moment de remise en cause ; elle devrait donc conduire aux interrogations suivantes :

– Faut-il transformer le statut des agences de notation et les placer sous la tutelle de la puissance publique ? L'Union européenne a, au mois d'avril 2009, apporté un début de réponse à cette question. Désormais, les agences de notation seront enregistrées et soumises au contrôle des autorités de régulation des marchés financiers nationaux, les notes des agences non européennes concernant des produits européens devront être endossées par leurs filiales enregistrées en Europe, les produits structurés devront être clairement identifiables et les analystes ne pourront pas suivre les mêmes produits plus de quatre ou cinq ans. Les membres des comités qui approuvent les notes, quant à eux, ne devront pas suivre plus de sept ans la même contrepartie. Mais, on pourrait aller plus loin, en envisageant que l'autorité de contrôle fixe ou

29. Suivant l'expression de l'économiste Paul Krugman.

agrée les méthodes d'évaluation des agences. En effet, sans une méthodologie pertinente le contrôle est vain.

– Comment rétablir le lien entre la marchandise, sa livraison et son titre de propriété et de paiement ? La réponse à cette question devrait faciliter l'évaluation comptable et le contrôle de l'actif qui se sont révélés aléatoires durant la crise.

– Enfin, comment mieux contrôler les transactions entre les banques officiellement enregistrées et soumises à la réglementation y afférente et le système financier qui échappe à ces règles, dans le but de permettre l'évaluation correcte des risques ?

Les interrogations posées et les comportements délictueux décrits ne constituent qu'une partie des questions que soulève la crise actuelle. Il appartiendra de rester attentifs aux découvertes financières, administratives et judiciaires afin de les actualiser en permanence.

CONCLUSION

Cet article n'avait pas vocation à faire la critique globale du système financier, ni même à porter un jugement moral sur les pratiques constatées. Son objectif n'était pas plus, en identifiant les risques de comportements frauduleux, voire délictueux ou corruptifs, de le disculper et d'empêcher la recherche de responsabilités. Plus modestement, il a tenté, à partir de l'expérience tirée des crises passées, d'éclairer l'opinion et d'éventuels investigateurs, scientifiques, juristes, administrations sur les risques de fraudes qui existeraient. Il cherchait à constituer en quelque sorte un recueil non exhaustif des dérives susceptibles d'apparaître lorsque l'analyse détaillée de cette crise aura été entreprise. Il devra naturellement, être confronté à la réalité et ses préconisations seront à actualiser.

CHAPITRE III

L'AFFAIRE « MADOFF » : OU LA FAILLITE DES CONTRÔLES

Un escroc imaginatif, Charles Ponzi avait en 1920 détourné aux États-Unis 162 millions de dollars, au détriment de 40 000 personnes, grâce à un montage simple mais efficace. Ce scandale a tant marqué l'opinion publique que le nom de son auteur a été attribué au montage. La « chaîne de Ponzi », ou « dynamique de Ponzi », ou encore « jeu de Ponzi », constitue une forme d'escroquerie par cavalerie, fonctionnant par effet de boule de neige.

Malgré sa simplicité, la chaîne de Ponzi a été constamment et universellement utilisée. Ainsi, en 1997, l'Albanie a connu des émeutes sanglantes à la suite de l'effondrement de « banques pyramidales ». En novembre 2008, en Colombie, 500 000 personnes ont été victimes de la société d'investissement Proyecciones DRFE qui avait mis en place un système de Ponzi. Un schéma identique a, semble-t-il, été mis en place par l'Américain Bernard L. Madoff, fondateur de *Bernard L. Madoff Investment Securities LLC,* depuis les années 1980. Mais c'est la crise des liquidités, consécutive à la crise financière actuelle, qui l'a fait apparaître au grand jour[1]. Bernard L. Madoff aurait causé des pertes avoisinant 50 milliards USD, qui constitueraient des détournements à un niveau inégalé. La « chaîne de Madoff » serait donc un système de cavalerie ou vente pyramidale, de fraude et de corruption à très grande échelle.

1. La « pyramide » s'affaisse dès lors que les investisseurs veulent récupérer leur mise – capital et intérêts – de manière concomitante.

COMMENT FONCTIONNAIT LE DISPOSITIF MIS EN PLACE PAR BERNARD L. MADOFF ?

1) Le principe, relativement simple, était organisé autour des éléments suivants :

– l'invention d'une variété de placements dont le montant des intérêts (souvent à taux fixe) excédait largement les rendements moyens proposés par les établissements concurrents. Ces placements étaient en général accompagnés d'un avantage fiscal les rendant encore plus attrayants ;
– Bernard L. Madoff n'indiquait que de façon vague la manière dont les supposés gains permettant de payer ses investisseurs auraient été réalisés ;
– le recours à des « courtiers » célèbres, salariés de fonds hors contrôle, pour capter des clients prêts à placer leurs économies ;
– l'habillage de l'ensemble d'un savoir-faire proche des comportements sectaires constituait la base de l'escroquerie ;
– la mise en valeur des contributeurs : l'astuce de Bernard L. Madoff a consisté à leur faire croire qu'ils appartenaient à un groupe d'investisseurs privilégiés.

2) La méthodologie était la suivante :

– le principe consistait à verser aux contributeurs les plus anciens à ses fonds de placement des sommes prélevées sur les versements des nouveaux participants. Chaque versement rendait le « client » tellement confiant qu'il devenait lui-même un agent recruteur auprès de ses proches. Le système ne fonctionnait que grâce à l'apport de capitaux frais. Lorsque l'arrivée de nouveaux financements s'est arrêtée, le système s'est effondré ;
– l'utilisation de structures écrans : elles simulaient la réalisation des profits en période faste, et, en période critique, facilitaient la fuite des fonds et ralentissaient les poursuites ;
– la recherche constante de nouveaux clients : l'afflux de capitaux investis progressivement créait une bulle qui explosait si d'aventure des demandes de remboursement importantes étaient faites sur une même période.

Ces montages sont connus depuis fort longtemps ; ils sont très proches des célèbres « prêts sur billets » émis autrefois par les notaires [2].

2. Pratique interdite par l'article 13 du décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 qui fait interdiction aux notaires de « se livrer, soit directement, soit indirectement à aucune spéculation de bourse ou opération de commerce, banque, escompte ou courtage ».

QUELLES SONT LES INNOVATIONS DU MONTAGE DE BERNARD L. MADOFF ?

Le système qualifié d'escroquerie de Bernard L. Madoff était doublement novateur, d'une part, par son ampleur, et, d'autre part, par son application à l'économie de la gestion du patrimoine.

1) Le système de Bernard L. Madoff comportait plusieurs étages :

– une structure tête de pont centralisait les collectes de fonds. Elle pouvait utiliser une cascade de sociétés, le gérant disposait d'une entité (trust) personnelle qui gérait ses fonds propres. Cette entité était souvent supervisée par un cabinet comptable sans grande réputation et avec un effectif réduit ;
– une structure de placement était censée générer les produits financiers.

Ces deux structures présentaient les mêmes caractéristiques qu'un fonds spéculatif. Un cabinet d'audit effectuait les contrôles d'usage, mais ne disposait que d'une partie des informations (comme dans le scandale Parmalat[3]). Ainsi, la « boîte noire » n'était pas sous son contrôle ;

– une ou plusieurs banques gestionnaires des titres assuraient la garde[4] des actifs ; des rémunérations étaient versées à ce titre. On rappellera que la garde des titres exige un contrôle particulier de l'existence et de l'évolution de ces titres. La banque dépositaire conserve les titres, liquide les positions et effectue les livraisons pour le compte d'un OPCVM[5]. Des sous-dépositaires peuvent intervenir. Ces structures sont en principe auditées, mais ne disposent elles-mêmes que d'une partie des informations ;
– des trusts (gestionnaires de la fortune personnelle) et des structures assorties abritées dans des sites peu contrôlés permettaient de mettre à l'abri les sommes détournées. Ils assuraient, également, dans le cadre d'une gestion normale, la défiscalisation des produits remboursés.

Des courtiers, personnes individuelles, ou « feeders funds », recueillaient les capitaux et les confiaient à un gestionnaire. Il s'agissait le plus souvent de sociétés extraterritoriales.

2) Les « placements » provenaient de cinq origines :

3. À la fin de l'année 2003, la société italienne Parmalat a été l'objet d'un scandale financier portant sur 14 milliards d'euros qui l'a obligée à déclarer banqueroute. Ses dirigeants, commissaires aux comptes et autres responsables financiers sont poursuivis pour « banqueroute frauduleuse, faux bilans, associations de malfaiteurs et fausses communications ».
4. Lorsqu'un porteur porte un ordre d'achat ou de vente de FCP, c'est son intermédiaire qui exécute l'ordre qui est envoyé au dépositaire de l'intermédiaire. Les ordres sont ensuite centralisés et le dépositaire du fonds souscrit ou vendu en est informé. Ce dernier avise le gestionnaire du produit qu'une rentrée d'argent va être matérialisée.
5. Organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

– les grandes fortunes, en général expatriées, étaient recherchées par des rabatteurs dans des cercles de gens fortunés, clubs de golfs, hôtels, etc. Elles effectuaient directement, ou sous couvert de leurs conseils en placements, des investissements dans les structures de Bernard L. Madoff. Les rabatteurs pouvaient percevoir pour cette activité 2 % par an des sommes apportées et 20 % des profits ;
– de nombreuses entreprises moyennes se seraient engagées pour des montants compris entre 15 et 50 millions d'euros. L'approche des entreprises commerciales était similaire à celle du groupe précédent. Dès aujourd'hui, un certain nombre de sociétés serait concerné par des pertes liées directement ou non à ces placements. Au final, le nombre de sociétés affectées sera sans doute très élevé ;
– les « feeders funds » ou fonds nourriciers ou encore fonds miroirs[6], collectaient la trésorerie. Ceux-ci étaient le plus souvent des sociétés extraterritoriales avec un capital important. Mais de grandes banques pouvaient aussi remplir cette fonction. De nombreux fonds de fonds ont alimenté Madoff InvestmentS (MIS). Ils ont également ouvert des comptes dans ses livres et lui ont confié directement la conservation de fonds, ce qui constitue une pratique peu orthodoxe. Certains fonds appartenant au groupe Madoff ont bien été audités sans que quiconque ne fût prévenu que l'évaluation du rendement de l'investissement était effectué par MIS et non par des auditeurs indépendants ;
– les grandes banques qui plaçaient pour le compte de leurs clients, étaient recherchées en raison de leur solidité, de la qualité de leur contrôle et parce que leurs comptes étaient supervisés par un commissaire aux comptes ;
– enfin les particuliers, pour lesquels il existait un niveau minimal d'investissement. Tout laissait à penser que la dotation minimale pour entrer dans le circuit était d'un million de dollars US. En réalité, elle était beaucoup plus faible ; on a relevé des tranches à 50 000 euros (au-dessus de ce montant les structures auraient été soumises à la législation des entreprises faisant appel public à l'épargne) et deux ou trois tranches étaient suffisantes pour entrer dans le cercle des heureux élus.

Certaines banques ont accompagné les placements dans les structures de Bernard L. Madoff de prêts importants aux investisseurs. Par exemple, le particulier apportait en propre 10 000 de dollars US, la banque prêtait 90 000 de dollars US, ce qui procurait un considérable effet levier. À la suite de la déconfiture des structures de Bernard L. Madoff, de nombreux particuliers se sont donc trouvés confrontés à d'importants problèmes de remboursement.

6. Il s'agit de fonds de fonds.

QUELLES SONT LES SIMILITUDES DE LA « CHAÎNE DE MADOFF » AVEC LA CRISE DES « SUBPRIMES » ?

1) On note, d'abord, que la présence de rabatteurs est constante dans les fraudes bancaires. On les retrouve dans les scandales des caisses d'épargne américaines à la fin des années 1980 (ils étaient alors nommés « deposit brokers ») : ils amenaient des clients lorsque les caisses leur apportaient des crédits, les « mortgage brokers » dans les subprimes et les « funds feeders » chez Madoff. Ces derniers rabattaient les investisseurs particuliers. Il est probable que ces intermédiaires soient présents dans les tours de table des « hedges funds », leur utilité étant similaire.

Aucun produit n'était vendu directement par l'initiateur du montage, celui-ci utilisant un réseau de revendeurs et d'intermédiaires : ces derniers présentaient l'acceptation des fonds dans le système comme un privilège réservé à des proches.

2) La récupération, ensuite, des fonds du système, était structurée en plusieurs étages, chacun étant autonome et situé dans de nombreux pays. Ce fractionnement juridique, comptable et financier empêchait d'avoir une vision globale des opérations engagées. Si toutes les places financières disposaient d'une forte confidentialité, les garanties protégeant les investisseurs en étaient absentes.

3) Enfin, comme les produits toxiques issus des « subprimes », les produits financiers de Bernard L. Madoff ont été diffusés en Europe dans des OPCVM par des voies qui échappaient à la vigilance des investisseurs. En effet, outre les investisseurs directs, de nombreux investisseurs indirects ont été affectés par ces pertes. En France, un certain nombre de fonds extraterritoriaux ont pu, sans demander l'autorisation de l'Autorité des marchés financiers (AMF), placer des produits auprès des sociétés de gestion intéressées. En investissant dans des « feeder funds » proches du système de Bernard L. Madoff, ils ont contaminé leurs propres Sicav ou FCP. Certains clients ont été surpris d'apprendre que dans des placements « prudents » étaient inclus de produits de Bernard L. Madoff. De même, la réglementation française[7] autorise les gérants à investir jusqu'à 10 % de l'actif d'un OPCVM dans un produit non régulé, ce qui peut provoquer d'autres contaminations.

Plus grave, il est probable que la découverte de situations risquées se poursuivra plusieurs années après l'éclatement de l'affaire Madoff. Certains de ces montages semblent être passés du statut d'exceptionnels

7. Article 3 du décret n° 89-623 du 6 septembre 1989 modifié. Ce pourcentage est communément désigné sous le terme de « ratio poubelle ».

à celui de courants dans le système financier. Par exemple, le blanchiment de fonds et la recherche d'échappatoires à la fiscalité des États poussent à la création et l'utilisation de tels montages. Ils tendent à devenir un monde parallèle dans le système financier.

LE SCANDALE MADOFF EST-IL UNE ILLUSTRATION DES CARENCES DU CONTRÔLE ?

La réalisation des montages précédemment décrits et le développement des pertes ont été directement causés par la renonciation d'un nombre non négligeable des acteurs du système financier à se prémunir eux-mêmes contre les conséquences négatives d'opérations qui auraient pu être évitées [8]. Ces contrôles, audits, analyses de cohérence, évaluations de risque auraient dû être effectués. Ces mesures auraient dû normalement être appliquées par tous les « multigérants » dans le cadre de la sélection des fonds. En effet, dans ces opérations, qualifiées de « gestion alternative », les risques opérationnels, fraudes, manipulations et erreurs, sont plus importants.

En principe, les professionnels, auraient dû suivre les démarches suivantes [9] :

– analyser la qualité, les méthodes et les pratiques utilisées par les fonds alternatifs concernés. Ces analyses sont engagées sur des durées de 80 à 100 heures et prennent la forme d'entretiens et d'analyses comptables avec les gérants, les cadres et les informaticiens des structures concernées ;
– approfondir les évaluations du rendement, en particulier lorsqu'il est réalisé par le gérant lui-même et non par une structure indépendante. Bien souvent, les gérants livrent un produit sans connaître exactement son contenu ;
– diligenter des investigations privées à cette occasion, afin de s'assurer de la qualité du gérant, de l'absence de condamnation de sa compétence, etc.

Le coût de ces diligences peut être évalué entre 50 000 et 100 000 euros. Certains investisseurs peuvent passer 400 heures avec les gérants avant de placer les fonds, et plus de 60 heures tous les ans pour les mises à niveau. Le coût est donc élevé. Si les fonds de petite taille récemment créés obtiennent les performances les plus fortes, les risques y sont bien plus élevés que dans les grands fonds. Seul 43 % des grands fonds et 23 % des petits disposerait d'un système d'audit et de contrôle interne.

En conclusion, on fera deux observations. Il est, d'abord, aisé de constater que la période contemporaine est riche en schémas de Ponzi aux États-Unis, alors que ce pays dispose du système financier le plus performant et d'instruments de contrôle législatifs et prudentiels très étendus. De plus, leur inventaire aux États-Unis, démontre l'inventivité

8. On pourrait ici se référer à la notion juridique anglo-saxonne de « due diligence ».
9. Il s'agit, ni plus ni moins que d'un audit de fraudes préventif. Pour plus d'informations sur les pratiques, lire : « Hedge funds, due diligence : a source of Alpha », Brown, Fraser, Liang, september 2007.

de leurs auteurs ou la crédulité des personnes qui en ont été victimes. Leurs auteurs ont ainsi détourné des sommes considérables :

* 1987, Barry Minkowdétour, 300 millions de dollars ;
* 1995, Steve Hoffenberg, 475 millions ;
*1996, Patrick Benett, 700 millions ;
*1997, JohnG. Bennet jr, 135 millions ;
* 2005, Angelo Haligianis, 10 millions ;
* 2008, Joseph Shereshevski, 250 millions ;
* 2008, Thomas Peters, 3, 5 milliards ;
* 2008, le fonds Bayou géré par Samuel Israel III, 300 millions ;
* 2008, Bernard Madoff déclare avoir détourné 50 milliards [10].

10. Cette liste est loin d'être exhaustive. La presse mentionne régulièrement des affaires de moindre envergure, mais tout aussi dévastatrices pour les patrimoines des victimes de ces montages.

Chapitre IV

L'expert indépendant, mythe ou réalité ?

INTRODUCTION

L'expertise externe s'est en particulier développée, depuis le milieu des années 1990, au sein d'agences dites d'«expertise» ou de «régulation», créées par l'État pour remédier aux principaux dysfonctionnements de l'appareil administratif traditionnel : faible réactivité, manque de souplesse et d'efficacité, dépendance envers le pouvoir politique.

Ce phénomène a touché tous les secteurs de la vie économique, en particulier ceux liés aux risques collectifs et aux situations potentielles de crise (secteur sanitaire, alimentaire, environnemental, nucléaire...).

La création de ces structures, composées à la fois d'agents publics permanents, impartiaux statutairement (les principales dispositions du Statut général de la fonction publique leur sont applicables), et d'experts extérieurs à l'administration (ou «collaborateurs occasionnels» du service public au sens juridique), a répondu aux besoins nouveaux de transparence et de rationalisation de l'action administrative et à l'exigence, chez les citoyens, de procédures de prise de décisions impartiales et contradictoires.

Le recours à des experts extérieurs répond au souci de faire bénéficier la puissance publique des compétences les plus éminentes et les plus spécialisées. Le dialogue avec les experts de l'administration permet d'affiner et de compléter l'information préalable à la prise de décision.

Ce contexte institutionnel nouveau a conduit les pouvoirs publics à mettre en place un cadre déontologique strict destiné à prévenir certaines dérives nées de l'utilisation possible, par ces experts extérieurs, des informations confidentielles recueillies lors du processus (souvent collégial) de consultation et de celle de leurs fonctions publiques pour privilégier leurs intérêts privés, ou bien ceux de leurs proches.

Aussi irréprochable soit-elle et quelle que soit sa nature (publique, judiciaire, contractuelle...), l'expertise est un processus complexe au sein duquel la subjectivité n'est jamais absente totalement.

L'expertise est le plus souvent définie comme un ensemble d'activités nécessaires pour analyser un problème donné en s'appuyant sur l'état des connaissances, sur des démonstrations et sur l'expérience des experts.

Elle conduit en général à la rédaction d'un document (rapport d'expertise) pouvant se conclure, selon la demande, par des interprétations, analyses ou recommandations (conclusions).

Le demandeur (ou donneur d'ordre, ou mandant) peut être public ou privé. La prestation peut être gratuite ou payante.

Les demandes peuvent s'adresser à des experts individuels ou à des structures d'expertise collective.

Juridiquement, l'expertise est la mesure d'instruction par laquelle le juge (ou la juridiction) ou le commanditaire demande à un « sachant », identifié et choisi en premier lieu en fonction de sa compétence et de sa réputation d'excellence dans le domaine considéré, de procéder à un examen ou une analyse technique ou scientifique et d'en exposer le résultat dans un rapport.

L'expert est donc la personne qui possède un certain savoir-faire. Le mot « expert » comme adjectif caractérise quelqu'un qui a, par expérience, par la pratique, acquis une grande habileté.

L'expert est donc une personne expérimentée capable (au sens étymologique) de faire la part des choses. Il n'a pas le dernier mot, certes, mais il donne au juge qui l'a désigné, un avis technique (conclusions) ou éclaire le décideur sur la portée exacte de son expertise et ses éventuelles interactions ou conséquences.

L'expert explique donc un certain nombre de faits, mais n'extrapole pas. Il se contente d'expliquer ou d'interpréter à l'aide de sa base de connaissances personnelles. L'avis (ou le rapport) émis par l'expert est le résultat d'un processus interprétatif utilisant la reconnaissance, la similitude, la conformité des faits expertisés au regard de sa connaissance théorique et pratique.

Il ne s'agit pas, par conséquent, quand on évoque l'expertise, d'un acte objectif, mais d'une activité (par essence subjective) qui régit le passage d'un certain nombre de données objectives de connaissances ou de techniques à un avis qui, lui, est subjectif et dépendant (de l'expert).

Il y a donc nécessairement une phase d'interprétation utilisant le phénomène d'associations.

Dès lors, l'expert peut entrer, volontairement ou non, dans un jeu ou un rapport de pouvoir(s) ou d'influence(s) qu'il ne maîtrise pas (ou seulement partiellement) et ses avis peuvent être influencés par des intérêts financiers, personnels ou collectifs.

L'expert n'est pas non plus à l'abri de tout risque de manipulation ou de pressions, « intérieures » (risque d'« instrumentalisation » par le pouvoir politique, les parties ou le juge, détournement de procédure : récusations abusives, mises en cause intempestives de sa responsabilité...) ou « extérieures » (rôle de l'industrie, poids des médias ou du secteur associatif...).

La logique d'information et de communication prime souvent, durant le déroulement de l'expertise, sur la logique et la rationalité

scientifique (débats et polémiques ayant entouré les crises alimentaires ou l'exposition aux ondes émises par les antennes-relais en matière de téléphonie mobile).

Les experts seraient « la matière grise » du droit, et l'indépendance une « utopie ».

Malgré ces différents biais, l'expertise se doit d'être juridiquement impartiale et objective au sens de la Cour européenne des droits de l'homme qui, en reconnaissant à tout citoyen le droit, à l'instar du procès équitable, à une expertise équitable, exige que toute expertise respecte le principe du contradictoire et les droits de la défense (impartialité et indépendance).

L'expert est quant à lui soumis à une obligation d'indépendance dont la violation délibérée l'expose à des poursuites disciplinaires, civiles ou pénales.

Ce statut lui confère ainsi une éminente responsabilité sociale – distincte de sa responsabilité juridique, qui concerne plus précisément la conformité de ses actes aux règles de l'art exigées –, celle de donner une plus grande efficience à l'action publique, de poser des questions, de souligner les incertitudes (l'expert est un « éveilleur de conscience »).

Cette responsabilité est d'autant plus grande que la société française a vu se généraliser la notion – parfois appréhendée de manière caricaturale – de précaution et se caractérise par une moindre acceptabilité sociale des risques non consentis et « indétectables ». Témoigne notamment de cette évolution la remise en cause, fréquente, par la presse, spécialisée ou non, ainsi que par des associations s'instituant parfois en « contre-pouvoir », de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert en raison généralement des liens inévitables de l'expert avec le secteur privé.

Dans la continuité du rapport de l'année 2007, le SCPC a estimé utile d'interroger les entités recourant fréquemment à une expertise externe dans des secteurs aussi diversifiés que possible (santé, alimentation, environnement et travail, nucléaire...) pour tenter de dresser, en dehors des termes généralement convenus, un premier bilan des dispositifs de prévention mis en œuvre pour garantir l'impartialité du processus de consultation et limiter les risques de biais.

Il est bien entendu qu'il ne s'agit ici que de l'ébauche d'une réflexion plus ambitieuse que le SCPC est disposé à mener avec les entités qui le souhaiteraient sous la forme, par exemple, de partenariats ou d'actions de sensibilisation ou de formation au risque déontologique.

Cette contribution examinera, à titre liminaire, les conditions de recrutement des experts externes, le cadre déontologique mis en œuvre pour définir et gérer les conflits d'intérêts, puis les efforts entrepris pour valoriser le travail accompli par ces experts.

Sur la seule base de ces constats, le SCPC préconisera quelques mesures susceptibles de répondre plus favorablement aux attentes sociales de professionnalisation de l'expertise et d'impartialité du processus décisionnel public.

Compte tenu de l'homogénéité – voire de la « modélisation » – des pratiques professionnelles constatées (à l'exception de l'Institut national de la recherche agronomique, de l'Institut national de veille sanitaire et de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire et, à un degré moindre, de la Caisse nationale d'assurance-maladie, qui ne recourent qu'exceptionnellement à une expertise externe « constituée »), les entités ne seront pas (sauf cas particuliers), désignées nommément pour éviter de nombreuses répétitions.

LE RECRUTEMENT DES EXPERTS

Les entités interrogées ont toutes mis en place des procédures d'appels à candidatures (ou appels d'offres), avec constitution d'un jury de sélection, en particulier dans les agences sanitaires.

Ces appels à candidatures sont diffusés aux organismes publics et privés concernés afin qu'ils relaient cette information auprès d'experts dont les domaines de compétences sont recherchés. Ces appels font aussi l'objet de diffusion dans la presse professionnelle et sur les sites Internet des organismes concernés.

Les candidatures sont examinées généralement par un jury dont la composition – variable d'une entité à une autre, mais comprenant systématiquement une majorité de professionnels ou de spécialistes dans la discipline recherchée – reflète la spécificité de l'instance concernée et comprend au moins un expert externe.

Après cet examen, la liste des candidats retenus est établie et proposée à l'autorité de nomination, directeur général ou président pour les agences ou instituts, ministre de tutelle le cas échéant.

Chaque expert est informé par courrier de sa nomination.

Les critères retenus sont majoritairement la spécialité exercée et l'expérience dans le domaine de compétence, ainsi que l'origine professionnelle et la disponibilité.

Pour les présidents d'instances consultatives, s'ajoutent à ces critères l'absence *a priori* de liens majeurs susceptibles, par leur importance, leur nature ou leur diversité, de compromettre l'exercice normal des fonctions.

Compte tenu du rôle d'animation et d'arbitrage des présidents, ces entités estiment incompatibles ces fonctions particulières avec la détention de liens majeurs avec le secteur privé ; elles redoutent également le risque de pression exercé par ces présidents à l'endroit des experts appartenant au groupe qu'ils animent.

Une déclaration d'intérêts (voir *supra*) ou une déclaration sur l'honneur est le plus souvent exigée lors du recrutement, y compris lorsque la loi ne l'impose pas ou que l'appel à des ressources externes se révèle exceptionnel (c'est le cas de l'Institut de radioactivité et de sûreté nucléaire, qui prend en cette circonstance des précautions déontologiques particulières, basées sur le niveau de liens avec l'industrie ou l'organisation d'un contrôle supplémentaire dit de « deuxième niveau »).

L'Institut national de la recherche agronomique (INRA) offre un modèle de recrutement « atypique » de ses experts extérieurs, car fondé essentiellement sur les publications. Ces experts, dénommés « temporaires » (ils sont appelés à collaborer pour une durée limitée), sont le plus souvent déjà immergés dans une communauté disciplinaire (CNRS...). Ils se trouvent néanmoins contraints de faire état de leurs liens ou rapports de proximité avec les acteurs socio-économiques du champ de compétence de l'INRA (ex. : contrat de recherche, avant toute désignation).

La liste des experts, accompagnée de la déclaration publique d'intérêts, est soumise à validation de la direction générale de l'INRA et des commanditaires de l'expertise.

Disposant d'une expertise qualifiée majoritairement interne, l'Institut national de veille sanitaire (INVS) recourt très subsidiairement à des compétences extérieures.

LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'INDÉPENDANCE – PRÉVENTION ET GESTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

L'avis sollicité par le décideur est le plus souvent rendu au terme de débats ou discussions à caractère collégial (groupes, commissions, sous-groupes, comités...), où le sujet traité fait l'objet de rapports, de délibérations et, en conclusion, de votes (la règle du consensus s'y substitue parfois).

Ces délibérations doivent respecter, sous peine d'annulation devant le juge administratif, outre les droits de la défense et le principe du contradictoire, le principe d'impartialité.

Plusieurs textes permettent de garantir formellement l'impartialité ou l'objectivité de la procédure de consultation des experts extérieurs.

Le décret du 8 juin 2006 indique notamment que les membres d'un organisme consultatif ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet [1].

La violation de cette règle entraîne la nullité de la décision subséquente lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération.

La violation de ce principe, sanctionnée au plan disciplinaire, ne constitue pas en tant que telle une infraction pénale. Néanmoins, l'intervention délibérée dans la procédure de consultation d'un expert entretenant des liens ou intérêts avec l'affaire ou le dossier examiné caractérise le délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du Code pénal.

Il appartient donc à l'administration de faire respecter ce principe en exigeant (conformément aux dispositions légales, généralisées sur ce point depuis 1998 et 2004 à l'ensemble des entités de régulation) que chaque expert remplisse, avant sa nomination ou son entrée en fonction, une déclaration mentionnant l'ensemble de ses liens, directs ou indirects, avec le secteur privé, mais aussi avec tous les organismes ou associations avec lesquels il est affilié ou en relation habituelle.

Clef de voûte des dispositifs déontologiques mis en place, la connaissance anticipée, par les organismes concernés, de l'état des liens détenus éventuellement par l'expert permet, seule, la prise de mesures appropriées permettant de garantir l'impartialité du processus décisionnel : éviter de « missionner », sur l'ensemble des points figurant à l'ordre du jour des séances ou sur un point particulier, tel expert « lié », lui demander de se retirer de la salle, de s'abstenir de voter ou de ne traiter qu'une partie du dossier...

La non-déclaration volontaire, la falsification ou l'omission fautive de certains intérêts dans la déclaration d'intérêts peuvent caractériser, outre celui de prise illégale d'intérêts, le délit de faux et usage (article 444-1 et suivants du Code pénal).

1. Article 13 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement des commissions administratives à caractère consultatif.

La loi précise que ce document doit être actualisé à l'initiative de l'expert lorsque sa situation se modifie, c'est-à-dire s'il se délie de certains liens ou en contracte de nouveaux.

Pour prévenir ces risques, les entités consultées ont toutes établi une typologie des intérêts en jeu, sur le modèle de celle en vigueur depuis 1994 à l'Agence du Médicament, devenue l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé en 1998.

La notion d'intérêts apparaît extrêmement diversifiée pour les organismes interrogés.

Elle touche à la fois les intérêts financiers ou personnels, directs ou indirects.

Longtemps négligés, les intérêts négatifs ou « de concurrence » sont pris en compte au même titre que les autres intérêts indirects (un expert est dans une telle situation lorsqu'il possède des intérêts, notamment financiers, au sein d'une entreprise exploitant une spécialité – ou un produit – concurrent).

Au titre des intérêts financiers figurent ceux détenus au sein d'une entreprise, le plus souvent celle dans laquelle l'expert travaille ou a travaillé auparavant. Les valeurs mobilières cotées ou non, qu'il s'agisse d'actions, d'obligations ou d'autres avoirs financiers en fonds propres, constituent des intérêts financiers. Doivent être également déclarés les intérêts détenus dans une entreprise du secteur concerné, et aussi ceux détenus dans l'une de ses filiales ou d'une société dont elle détient une partie du capital dans la limite de la connaissance attendue de l'expert.

Les intérêts personnels (et financiers, le plus souvent) correspondent aux activités exercées personnellement.

Les liens contractés peuvent être durables ou permanents (propriétaire, dirigeant, associé, employé ou participation à un organe décisionnel d'une entreprise dont les produits et objets entrent dans le champ de compétence de l'entité avec laquelle l'expert collabore, activité régulière de consultation ou de membre d'un groupe d'experts...) ou consister en des interventions ponctuelles (consultation ou étude sur un sujet défini, participation à des essais, études ou travaux scientifiques, établissement d'un rapport d'expertise destiné à figurer dans la procédure officielle, activités de conseil ou interventions lors de congrès, conférences, colloques, tant en qualité d'intervenant que d'auditeur...).

La détention d'un brevet ou la qualité d'inventeur d'un produit, procédé ou toute autre forme de propriété intellectuelle doit figurer dans la déclaration d'intérêts.

La qualité de partie ou témoin dans une procédure en relation avec un produit de santé doit également être signalée dans ce document.

Si l'expert (ou le rapporteur au sein d'un comité ou groupe de travail) est responsable d'un organisme, institut, département de recherche, ou membre dune association de recherche ou d'une association de patients, il doit déclarer les versements effectués par une entreprise au budget de ces institutions dont il est responsable, si ces versements apparaissent substantiels ou significatifs.

La situation des proches (conjoint ou personne vivant sous le même toit, ascendants ou descendants, collatéraux immédiats et leurs conjoints) doit également être connue des autorités auprès desquelles est effectuée la déclaration d'intérêts.

La majorité des entités consultées ont élaboré des chartes ou guides déontologiques destinés à expliciter et synthétiser les règles applicables et fixer le cadre général des responsabilités judiciaires et professionnelles encourues au cas de manquements déontologiques.

Ces documents sont bâtis et organisés sur le modèle de ceux en vigueur depuis plusieurs années à l'Agence de sécurité sanitaire des produits de santé, les définitions de principe étant reformulées et adaptées aux caractéristiques de l'institution.

Les actions entreprises au titre de la déontologie font en général l'objet d'un compte rendu dans le cadre du traditionnel rapport annuel d'activité, auquel les déclarations publiques d'intérêts sont parfois annexées.

Les institutions de création plus récente, telles l'IRSN ou l'AFSSET, dont la doctrine déontologique est encore en construction, nous ont indiqué pouvoir parvenir à une gestion plus effective des conflits d'intérêts vers 2010.

LA GESTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

L'autorité gestionnaire, normalement en possession de la déclaration d'intérêts, détecte les conflits éventuels et en mesure l'intensité.

Si l'expert se trouve en situation conflictuelle majeure ou importante (le conflit est avéré et susceptible d'influer sur les délibérations), il doit se retirer (pendant l'examen du dossier litigieux) de la salle (il doit être invité à quitter la salle s'il ne le fait pas spontanément).

Certaines entités utilisent le terme de « déport », (ou de « désinvestissement »), en vigueur dans le champ administratif, assimilable à la procédure judiciaire de récusation des experts

La demande de « récusation » doit être présentée, soit avant la réunion de l'organe consultatif, soit avant la formulation de l'avis.

Les entités ont défini récemment un certain nombre de critères objectifs d'identification des situations à risques, appréciées au cas par cas.

Elles retiennent plusieurs critères pour distinguer entre intérêts importants et intérêts mineurs.

Deux niveaux de risques de conflits d'intérêts (élevés et faibles) sont ainsi établis :

- les intérêts déclarés considérés *a priori* comme importants équivalent à un risque de conflits d'intérêts élevés, les intérêts déclarés considérés *a priori* comme mineurs à un risque de conflits d'intérêts faibles.

Au titre des critères retenus pour élaborer cette classification sont retenus :

- la prise en compte du caractère actuel ou passé des intérêts ;
- le degré d'implication de l'expert au sein de l'entreprise concernée par la procédure (intérêts financiers dans une entreprise ; salariat ou participation à un organe décisionnel ; prestations régulières sous une autre forme ; responsable d'une institution dépendant financièrement d'une entreprise privée).

L'évaluation des conflits d'intérêts se veut concrète, objective et équilibrée. Elle s'effectue au cas par cas pour tenir compte de la multiplicité des cas de figure susceptibles de se présenter.

Les situations intermédiaires ne sont pas négligées. Elles sont appréciées en tenant compte à la fois d'éléments quantitatifs (la multiplication des interventions ponctuelles pourra conduire à considérer qu'il existe en réalité une relation habituelle entre la personne et l'entreprise concernée, par exemple) et qualitatifs (appréciation du niveau d'implication et de parti pris de la personne lors d'une manifestation publique avant évaluation, par exemple).

Un groupe « référent » ou un comité de déontologie peut le cas échéant être saisi en cas d'incertitude sur la conduite à tenir. Il peut être amené, sur saisine du « décideur », à émettre des avis à vocation pédagogique sur des situations particulières (voir annexes jointes).

Ces organes sont susceptibles de proposer des sanctions (« révocation », suspension temporaire ou définitive...) si des manquements venaient à être constatés.

À l'ouverture de chaque séance (ou avant le passage de chaque dossier), le secrétariat, en collaboration avec le président de la commission ou du groupe de travail, signale, s'il y a lieu, les conflits d'intérêts élevés et rappelle la conduite à tenir : obligation de quitter la séance pour les experts en situation de conflit d'intérêts de niveau élevé au moment du passage du dossier en cause, examen des modalités de leur participation en cas de dérogation.

Le président demande à tous les participants de déclarer tout nouveau conflit d'intérêts avec les dossiers à examiner. Dans le cas d'un nouveau conflit d'intérêts avec un dossier à examiner, le secrétariat scientifique évalue sur place l'étendue du risque et la compatibilité de la participation de l'expert sur la base d'une échelle de risques.

Lorsque l'expert « lié » est le seul qualifié, les entités lui demandent son analyse, mais cet expert ne participe pas (il doit quitter la salle) à l'élaboration des conclusions conduisant à l'avis.

Le compte rendu des débats doit consigner tout fait relatif à la gestion du conflit (sortie de la salle, non-participation aux débats, échanges et déclarations...).

Les conflits d'intérêts élevés sont consignés dans le compte rendu de séance en mentionnant le type d'intérêt créant l'incompatibilité, l'affaire concernée, les éventuelles discussions et interrogations dont ils ont fait l'objet et la solution retenue.

SUITES DONNÉES ET VALORISATION DE L'EXPERTISE

La formalisation de l'avis incombe généralement aux agents permanents des entités, en liaison avec les experts extérieurs (les présidents ou vice-présidents des instances de travail). Sur la base des éléments recueillis, ils établissent une proposition de décision circonstanciée soumise à l'autorité décisionnaire (ministre de tutelle, président ou directeur de l'entité).

La totalité des entités indiquent s'être engagées dans une démarche de transparence du processus décisionnel par la traçabilité des débats et la publication, sous des formes diverses, des résultats.

Le plus fréquemment, cette transparence, tant interne qu'externe, est assurée par la restitution écrite des rapports d'évaluation, mais également des comptes rendus des groupes de travail et commissions.

Les avis font parfois l'objet de mises en ligne sur les sites internet des entités concernées (en français, mais aussi en anglais).

Plusieurs expertises ont donné lieu au financement de nouveaux programmes de recherche ou ont été appropriées par les décideurs en vue d'orienter les politiques publiques.

La valorisation des travaux d'expertise est un thème récurrent au sein des entités interrogées par le Service. Celle-ci a notamment trait à la prise en compte, par les Conseils nationaux universitaires, de l'activité spécifique d'évaluation au titre de la progression de carrière.

Bien que fort ancienne, cette revendication ne paraît pas satisfaite. Le statu quo peut conduire selon les entités concernées à l'appauvrissement, faute d'attractivité et de débouchés de carrière satisfaisants, de l'expertise externe, voire à son tarissement.

Les experts ont conscience que leurs positions ne sont pas nécessairement reflétées en totalité ou exactement dans la décision finale. Pour autant, il est évidemment essentiel qu'ils soient en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles leur avis n'a pas été suivi.

Les entités consultées s'efforcent de mettre en place, à l'intention des experts extérieurs à l'institution, un « retour d'information », en particulier lorsque l'évaluation est conduite au niveau européen dans la mesure où les argumentaires en présence et la décision qui en découle sont moins visibles.

Dans le cadre communautaire, l'impact d'une expertise nationale sur la décision finale peut être en effet plus incertain, notamment lorsque la France n'est ni rapporteur ni corapporteur du dossier.

CONSTATS ET OBSERVATIONS

RECRUTEMENT

Les modalités de recrutement, globalement homogènes, tendent, par le moyen de l'appel à candidature avec appel d'offres, à favoriser une plus grande transparence.

Le souci de prévenir ou d'éviter les conflits d'intérêts est également notable au sein de la totalité des institutions.

Aucun organisme sollicité n'a en revanche évoqué la limitation, en son sein, de la durée des mandats des présidents ou membres des instances de travail.

La règle du non-cumul, au sein de plusieurs groupes de travail rattachés à l'entité concernée, ne l'est pas davantage, même si des raisons techniques, comme par exemple permettre à l'expert d'appréhender plus globalement le dossier en raison justement de cette « multi-appartenance », peuvent plus aisément justifier ce choix.

LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Les règles légales ou réglementaires font l'objet d'un suivi attentif de la part des entités.

La notion d'intérêts, tout comme celle de conflit d'intérêts, sont à présent mieux connues des intéressés.

Si les liens les plus fréquemment déclarés sont des interventions ponctuelles, les engagements financiers à long terme – principalement avec le secteur privé – apparaissent importants au sein des agences d'expertise ou d'évaluation.

Il semble que les présidents ou vice-présidents des instances de travail ne soient pas invités systématiquement à se défaire, lors de leurs prises de fonctions, des liens financiers qu'ils possèdent.

Cette réticence s'expliquerait par la crainte de ne plus pouvoir recruter d'experts compétents dans la mesure où les entités considèrent que la compétence de ces experts souvent éminents résulte des rapports de travail étroits entretenus avec le secteur industriel.

La procédure en séance n'est pas ouverte au public au sein des institutions où ont lieu des débats à caractère collégial. Ce souci de transparence se heurte, selon les responsables concernés, à la nécessité

de protéger le caractère secret des délibérations et d'éviter toute divulgation d'informations préjudiciables aux entreprises. Pour légitimes qu'ils soient, ces impératifs n'apparaissent pas insurmontables si l'on se réfère aux exemples étrangers d'ouverture progressive au public des procédures de consultation.

Les secrétariats spécialisés institués en vue de garantir la sécurité juridique des séances consultatives ne semblent pas rendre compte systématiquement, sur les procès-verbaux de séance, des incidents relatifs aux conflits d'intérêts, alors même que cette formalité peut s'avérer importante lors de la recherche ultérieure de responsabilité.

La transcription intégrale des mesures concrètes prises en cours de réunion pour gérer ces conflits, assortie d'une diffusion interne ou externe, pourrait avoir, reconnaissent certains organismes, un effet dissuasif certain. Sa mise en œuvre est différée compte tenu des charges qu'elle comporte.

Il semble, par ailleurs, que les secrétariats des instances consultatives n'aient généralement pas suivi de formation au risque déontologique et pénal qu'ils ont pour mission de prévenir en concertation avec les présidents et l'entité publique. La présence de juristes confirmés en leur sein fait également défaut, contrairement aux pratiques observées principalement (mais pas exclusivement) dans les pays de culture anglo-saxonne.

Tous les organismes interrogés n'assurent pas non plus la traçabilité des liens ou affiliations au cours des différentes étapes du processus consultatif.

Le seul dépôt de la déclaration d'intérêts semble valoir certificat de bonne conduite.

Certes, le pourcentage d'experts ayant déclaré leurs intérêts augmente de manière régulière selon les entités interrogées, mais cela ne signifie pas pour autant que les transgressions ont disparu ou sont moins importantes. Nul ne peut méconnaître, en l'espèce, la multiplicité et/ou la « subtilité » de certains procédés ou montages frauduleux.

Si le sens et la finalité de la règle déontologique paraissent de manière générale mieux « intégrés » par les différents acteurs (conséquence de la diffusion des guides et chartes de sensibilisation), la gestion des conflits demeure encore majoritairement « interne », sans l'intervention d'instances de régulation ou de contrôle extérieures.

Les différents groupes ou comités déontologiques rattachés aux entités ne peuvent être le plus souvent saisis qu'à l'initiative des déci-

deurs, ce qui atténue sensiblement le rôle de « contrepoids » qu'ils entendent incarner.

Il n'existe en effet aucune possibilité d'action, de la part des « victimes » d'une expertise, face aux biais éventuellement constatés en séance (seule la décision définitive peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir).

De surcroît, la procédure de récusation (en vigueur dans le monde judiciaire) à l'initiative des parties, n'est pas prévue formellement en matière d'expertise consultative.

Il appartient en conséquence aux seuls experts de s'abstenir de siéger lorsqu'ils « estiment en conscience ne pouvoir apporter à l'examen du dossier en cause l'impartialité requise ».

Aucune entité n'a fourni par ailleurs de bilan précis sur l'efficacité et l'impact des mesures prises sur l'orientation des conduites.

En tout état de cause, aucun manquement déontologique ou professionnel n'a été signalé par les entités, alors même que la presse spécialisée se fait régulièrement l'écho de transgressions (présumées ou avérées) dans le milieu de l'expertise consultative.

Cette situation apparaît problématique car la crédibilité d'un corps social repose en grande partie sur sa capacité à sanctionner ses membres « déviants ». Distincte de l'« autorégulation », cette gestion purement interne des manquements déontologiques renforce, chez le citoyen, le soupçon d'impunité des « élites ».

Il n'est pas ici inutile de rappeler que le monde judiciaire, souvent considéré comme « opaque » ou peu transparent, sanctionne ses experts défaillants et donne à ces sanctions un caractère public et effectif par la diffusion, au sein de l'ensemble des juridictions (cours d'appel et tribunaux...), de la nature des décisions prises à leur endroit.

PRÉCONISATIONS

Il est patent, quelles que soient les disparités d'investissement constatées (parfois compréhensibles au regard de la relative nouveauté des institutions ou de la réglementation qui leur est applicable), que les entités interrogées ont entrepris des efforts indéniables pour construire des dispositifs de sensibilisation au risque déontologique et, à un moindre degré, pénal.

Ce travail apparaît d'autant plus remarquable que ces entités ont connu parfois une rapide montée en puissance qui aurait pu en différer, voire obérer, sa mise en œuvre.

Les pressions sociales ou les crises ayant affecté ces structures ne sont pas absentes de cet effort, quelques entités ayant tenu davantage à « afficher » une qualité ou un « label » déontologique qu'à construire une véritable réflexion collective sur la responsabilité des experts et leur déontologie.

La déontologie est ainsi parfois perçue, derrière les discours officiels sur l'indépendance, l'objectivité ou la transparence de l'expertise externe, comme une contrainte ou une perte de temps.

Ces positions minoritaires – mais rencontrant un certain écho au sein de la communauté scientifique – s'inscrivent dans des logiques anciennes, et souhaitées par tous, de collaboration privé/public, d'interconnexion entre l'évaluation et l'expertise institutionnelles et le développement industriel.

Sans partenariats avec le secteur privé, nombre d'universitaires ne pourraient, en effet, financer leurs recherches, d'où la multiplication des liens ou affiliations.

L'industrie dispose, de surcroît, en son sein, des connaissances les plus affinées, quelles que soient les technologies ou disciplines concernées.

Il serait donc improductif, voire « dangereux », d'interrompre cette collaboration sauf à modifier la nature même du dispositif d'expertise publique.

En revanche, un nouvel équilibre reste à trouver, en prenant en compte le rôle prépondérant de l'industrie dans l'évaluation et l'expertise publique.

Si l'on reste dans le schéma actuel, l'industrie finance, met en place et contrôle le plus souvent les études préparatoires à la mise sur le marché d'un produit ; elle analyse et synthétise également les résultats,

sur la base desquels les experts fondent leur évaluation, d'où les risques d'influence.

Il importe par conséquent, de redonner à la « confrontation » et au débat contradictoire entre experts publics et experts externes sa force originelle. Les experts (internes et externes) devraient pouvoir « sortir » du dossier, demander aux entreprises des informations complémentaires, entendre, le cas échéant, des « personnes qualifiées » ...

Cette rénovation de la procédure privilégierait le recrutement d'experts expérimentés, chargés notamment d'auditionner les experts externes et de faire la synthèse des dossiers en mettant bien en évidence (ce que ne peuvent pas toujours faire des experts internes souvent jeunes et de ce fait encore souvent dépendants institutionnellement de leurs collègues externes) les avantages et les inconvénients d'un produit quel qu'il soit.

Les postulants détenant des liens nombreux et directs avec l'industrie concernée se verraient interdire, sauf dérogation motivée, ces fonctions d'experts.

La durée des mandats pourrait être limitée pour les présidents d'instances consultatives à deux mandats successifs de quatre ans afin de permettre une meilleure préparation des successions.

Malgré les déclarations d'intention souvent anciennes des responsables des principales entités, les débats consultatifs demeurent encore non accessibles (sauf exception) au public (les directives européennes prônent également une plus grande ouverture).

La publicité des débats – quasi systématique dans le monde judiciaire ou dans les cultures administratives de « Common Law » – constitue généralement une garantie importante de transparence en ce qu'elle induit un « autocontrôle collectif » et limite les risques de parti pris.

La procédure pourrait intégrer le droit de récusation sur le modèle judiciaire.

La présence de juristes chevronnés au sein de ces instances pourrait être envisagée.

Une formation des acteurs de l'expertise (fortement souhaitée par les intéressés eux-mêmes, qui s'interrogent sur le périmètre et l'articulation de leurs responsabilités) au risque déontologique donnerait plus de force et de contenu aux prescriptions normatives figurant dans ces ouvrages.

Les secrétariats spécialisés pourraient être associés à ces modules de formation dispensés par des praticiens du droit.

De manière plus générale, il apparaît urgent de remédier à l'insuffisance des diverses cultures juridiques (administrative, contractuelle, processuelle...) constatées au sein des entités interrogées.

La structuration des liens avec l'université apparaît par ailleurs peu satisfaisante (les Conseils nationaux des universités ne prennent que fort peu en compte les travaux d'évaluation au service d'une entité publique dans le déroulement de carrière des experts universitaires) et contribue à la « démobilisation » de certains experts publics dont la prise de risque (ils délaissent souvent pendant la durée de la collaboration avec l'entité publique, leurs activités universitaires d'enseignement ou de recherche, leur laboratoire ou service) n'est pas valorisée ou reconnue.

Les rapports entre experts publics et experts judiciaires sont en général inexistants.

Le contenu de travaux souvent identiques, mais effectués pour le compte de plusieurs commanditaires, ne fait pas l'objet de transmissions ou de débats contradictoires.

La pertinence du modèle actuel, caractérisée par la multitude des entités d'expertise et des donneurs d'ordre, publics ou privés, reste soumise à interrogation

Chaque entité, de surcroît, tient à gérer elle-même son propre contingent d'experts, ce qui constitue une tâche souvent lourde et inégalement accomplie d'une structure à l'autre.

À ce titre, certains travaux parlementaires ont mis en relief la nécessité de créer une Haute autorité de l'expertise publique (HAEP), structure indépendante chargée d'unifier les standards d'exercice de l'expertise et d'en assurer la régulation déontologique.

Cette Haute autorité aurait compétence pour formuler également des propositions sur la valorisation de l'expertise, entendue comme une activité certes plurielle mais caractérisée par un objet unique : la mise en œuvre et la diffusion d'un savoir dans un souci d'intérêt général.

À la disposition des experts, un tel outil, doté d'un centre de documentation et de recherche performant (tant sur les connaissances et savoir-faire que sur l'exercice des pratiques professionnelles et la gestion des risques), contribuerait à rationaliser l'activité globale de l'expertise (éviter les doublons, mise en place d'expertises collectives ou additionnelles, sur le modèle des agences européennes du médicament et des aliments...) et, mécaniquement, à en accélérer le cours sans en affecter la qualité.

Structure de conseil aux experts, cette Haute autorité « déchargerait » les décideurs de la gestion fastueuse (et d'une efficacité relative)

des conflits d'intérêts en permettant aux experts de se concentrer sur leur travail sans être «pollués» par d'éventuelles suspicions ou mises en cause.

Un mandat clair de l'expert «consultatif» (à l'instar de celui conféré aux experts judiciaires) pourrait ainsi voir le jour.

Au terme de cette contribution et sur la base de cette analyse multisectorielle, il n'est pas vain de s'interroger sur les modalités de construction d'outils de prévention plus importants et pérennes pour prévenir les fraudes les plus graves.

L'élaboration de codes et chartes de bonne conduite ne constitue en effet qu'une première étape, encore perfectible et d'ores et déjà encourageante mais qui ne dispense pas de la nécessité d'un travail de suivi méthodologique sur le long terme.

Le SCPC est disposé à fournir aux entités qui le souhaitent son appui méthodologique et son expertise.

De la sorte, cette contribution aux experts n'aura pas été inutile.

Dans la plupart de ces affaires, ensuite, les dérives ont été permises par l'absence quasi totale de contrôle interne.

Chapitre V

LE RÔLE JOUÉ PAR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA CRISE FINANCIÈRE

Le secteur bancaire et financier, à l'instar de tous les autres secteurs économiques, peut être affecté par les conflits d'intérêts. Telles certaines agences de notation qui, tout en évaluant certains produits financiers, conseillent les institutions financières émettrices de ces mêmes produits sur les modalités de commercialisation. Les analyses en cours et les premiers enseignements de la crise financière qui a éclaté en août 2007, ont mis en lumière « d'inacceptables conflits d'intérêts », selon les termes retenus, le 2 avril 2009, par les États participant au sommet du G20.

Le conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède ou crée à titre personnel des intérêts susceptibles d'influer ou paraître influer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées. Cette situation met en concurrence des intérêts professionnels ou personnels avec la mission qui lui est confiée. Les conflits d'intérêts peuvent désigner des divergences de nature éthique et/ou être sanctionnés par la législation.

Les conflits d'intérêts affectent toutes les sphères de la vie sociale. Et le secteur financier et bancaire en tant que reflet de la diversité, complexité et du poids de la vie économique peut en être particulièrement touché. Aussi, à l'origine de la crise financière actuelle pourrait-on trouver également des conflits d'intérêts ayant affecté d'autres secteurs comme l'immobilier ou le secteur industriel. Il serait donc utile d'examiner ces conflits et leur interaction avec la crise financière.

En même temps, les conflits d'intérêts apparaissent dans des manipulations portant sur la gestion courante des entreprises et dans l'accompagnement illégitime d'entreprises en difficulté. Et la criminalité organisée semblerait aussi avoir un rôle croissant dans ces opérations.

LES DOMAINES D'ACTIVITÉ AFFECTÉS PAR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

IL S'AGIT D'ABORD DES MANIPULATIONS PORTANT SUR LA GESTION COURANTE DES ENTREPRISES

– les achats (informatiques, prestations diverses, etc.). Le risque de corruption privée y est de longue date très élevé. C'est pourquoi des procédures d'appel d'offres ont été instaurées dans la plupart des entreprises. Le conflit se présente de la manière suivante : le salarié s'entend avec le fournisseur, valide la surfacturation d'une prestation, la comptabilisation d'une fausse facture, ou facilite l'entrée de son complice dans la liste des acheteurs agréés. Il reçoit en contrepartie une rémunération directe ou indirecte ;
– l'achat d'immobilisations. Des infractions sont notamment relevées dans le secteur immobilier. Les personnes placées à un poste de confiance connaissent les besoins et la localisation des futurs immeubles. Elles s'immiscent alors dans le processus en achetant (avec un prêt consenti par la banque) le local concerné et le revendent après en avoir majoré fictivement la valeur. En France, ces interventions passent souvent par des sociétés civiles immobilières. Les intervenants en tirent un bénéfice considérable au détriment de leur employeur. Un exemple est resté célèbre : en Russie, les sièges de deux banques avaient été construits dans la même ville et pratiquement dans la même rue. Pour des immeubles similaires, le coût de l'un a excédé de 160 millions de dollars US celui de l'autre. Un conflit d'intérêts était à l'origine de ce surcoût ;
– les reventes immobilières à pertes dont le bénéficiaire est le même agent immobilier. Ce dernier peut avoir établi des liens de complicité avec la personne responsable de la vente dans le but de léser le propriétaire. Ces cas sont fréquents ;
– le courtage lors de la commercialisation de produits financiers. Le recours à des courtiers complices permet de surfacturer la prestation, de rompre la ligne de contrôle. Ils reversent, par la suite, une partie de la somme abusivement perçue. On constate d'ailleurs souvent la présence de rabatteurs dans des opérations complexes et frauduleuses : les « deposit brokers », rabatteurs de clients douteux, présents en nombre dans les montages frauduleux des caisses d'épargne[1] américaines et dans ceux des « subprimes » ;

1. La crise des caisses d'épargne américaines dans les années 1980 aurait coûté près de 500 milliards USD, soit autant que la deuxième guerre du Golfe.

– de même, la « cavalerie de chèques » ne semble possible qu'accompagnée de la complicité active ou passive du salarié qui réceptionne le document et du responsable de la tenue du compte bancaire débité. Ce dernier omet délibérément de signaler aux responsables bancaires les mouvements anormaux, compte tenu du chiffre d'affaires de ces clients. Cependant le montage finit par apparaître au grand jour. Et si la première banque à liquider le compte réussit à sauver les avoirs, les autres banques moins réactives subiront le coût de l'escroquerie.

IL S'AGIT ENSUITE DE L'ACCOMPAGNEMENT ILLÉGITIME D'ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'accompagnement par une banque d'entreprises en difficultés fait apparaître des conflits d'intérêts latents. Ils peuvent être individuels ou collectifs. Ainsi, dans la plupart des grands scandales financiers des vingt dernières années, la présence directe ou indirecte de structures bancaires s'interposant entre les sociétés en difficulté est une constante.

Le plus souvent, la situation financière dégradée de l'entreprise exclut l'attribution de prêts bancaires, alors que cette entreprise désire en acquérir une autre. Les fonds nécessaires au rachat sont avancés par une filiale de la banque, la caution de l'entreprise est « portée » par des sociétés écrans établies dans des territoires ou juridictions peu contrôlés. Ce montage autorise l'acquisition et maintient l'engagement hors bilan sous une forme discrète. La structure bancaire se trouve alors dans une situation de portage.

Exemple 1 : Une société est créée par une banque X conjointement avec la société Y qui bénéficie du montage. Cette société est considérée comme un « véhicule » d'investissement.

La banque apporte des fonds, elle est largement rémunérée pour cela.

Les fonds sont prêtés à une filiale Y' du groupe installé dans un territoire à contrôle allégé.

Cette dernière prête des fonds aux autres filiales de Y.

Y' est alors considérée comme un actif, elle peut s'endetter sans que cela apparaisse dans le bilan de Y.

Exemple n° 2 : Une banque achète 30 % environ du capital de la filiale d'une société X qui désirait acheter des entreprises. Un accord secret porte sur une option de vente par laquelle X s'engage à racheter la participation l'année suivante avec intérêt.

Ceci a été comptabilisé comme un apport en capital et non comme un prêt.

Exemple nº 3 : Le montage dit « des ventes croisées », rendu célèbre par l'affaire Enron, est le suivant :
- une société écran appartenant à une banque achète un bien ou une prestation pour le compte d'une société ;
- le paiement est effectif et immédiat. Mais, il est, en réalité, financé par un prêt d'une banque ;
- la société achète à la banque la même quantité de biens ou de prestations et la paye sur la durée du contrat.

En fait, ce montage a l'apparence de deux opérations différentes alors qu'il camoufle un prêt. Les prestations n'existent pas.

Exemple nº 4 : Il est aussi assez fréquent d'occulter les prêts sous des montages suivants :
- une banque ou une structure liée, achète des parts d'une filiale d'une société X, qui désire acheter une entreprise sans disposer des fonds nécessaires ;
- une option de vente est alors signée en secret entre les protagonistes qui oblige la société X à racheter cette participation majorée d'un intérêt ;
- si on omet l'intégration de cette option en comptabilité, l'opération ressemble à un apport en capital, alors qu'il s'agit d'un prêt.

Ces montages sont très classiques et d'utilisation générale. Ils peuvent être combinés à d'autres montages pour présenter une situation positive.

L'IMPLICATION DE LA CRIMINALITÉ DANS CES MONTAGES

CETTE IMPLICATION EST DÉSORMAIS SYSTÉMATIQUE

Lorsque la criminalité s'immisce dans les opérations bancaires, les montages s'industrialisent. Manipulant parfaitement la corruption, le chantage et la tentation de l'argent facile, les criminels réussissent aisément à pénétrer le système bancaire classique. Cette intrusion provoque un malaise dans ce milieu, tant la perspective de frayer avec des criminels dérange et bouscule l'environnement habituel.

Cependant, les grandes crises bancaires présentent des caractéristiques proches[2]. À cette occasion, conflit d'intérêts et criminalité se croisent bien souvent.

Les fraudes ont été, à chaque fois, organisées au plan national : de nombreux cadres et courtiers (insiders) ont établi des liens de complicité avec des bénéficiaires extérieurs (outsiders). À titre d'exemple, les malversations ont eu une part non négligeable dans la faillite des Caisses d'Épargne aux États-Unis dans les années 1980[3]. Il est vraisemblable que des phénomènes criminels interviennent dans la crise des « subprimes », ainsi que dans les nombreuses opérations pyramidales qui suivront l'affaire Madoff.

Ces nouveaux « entrepreneurs » recherchent d'emblée un enrichissement personnel massif et rapide. Ainsi, comme dans le cas des Caisses d'Épargne américaines, les prêts consentis n'ont pas été suffisamment évalués et étaient parfois liés à des secteurs où le crime organisé est très présent, comme celui des jeux et paris. De même, le développement des « junk bonds » – littéralement des « obligations pourries » – ne s'est pas accompagné d'analyses et de contrôles réellement poussés sur ces produits. Et certains courtiers en bourse, gérants de fonds spéculatifs (hedge funds), semblent avoir eu des liens étroits avec les milieux délictueux. Il serait donc fort probable que de véritables schémas de fraudes à risque élevé aient été mis en place par des cadres du secteur financier liés, volontairement ou non avec des acteurs extérieurs : emprunteurs, courtiers en bourse, experts immobiliers, etc. , et également, avec des

2. Se reporter sur ce sujet au remarquable article de Jean-François Gayraud : « Financial crises : the criminal dimension » dans *Défense nationale et sécurité collective*, décembre 2008.
3. En 1991, environ vingt mille cas de fraudes dans le secteur de l'épargne aux États-Unis avaient été recensés. Jean-Philippe Bauer, Faculté de droit, économie et gestion, Université d'Orléans, deuxième AFIR Colloquium 1991.

professionnels du crime en col blanc (white collar crime), voire des gangsters plus traditionnels (organized crime). Les montages prévisibles dans la crise des « subprimes » et la multiplication des montages pyramidaux pourraient avoir facilité le blanchiment des fonds illégaux par les groupes criminels de différentes nationalités. Comme dans les années 1980, la criminalité aurait alors bénéficié de cet effet d'aubaine providentielle

LES MÉCANISMES DE FRAUDE, ÉLABORÉS PAR LES CADRES CORROMPUS ET LEURS COMPLICES EXTÉRIEURS, PEUVENT ÊTRE REGROUPÉS EN QUATRE GRANDS TYPES D'OPÉRATIONS :

– les « hot deals » (transactions chaudes), montages recouvrant des techniques de prêts à risque au profit de comparses.

Exemple : X vend un terrain à Y pour 1 million de dollars, prix du marché. A achète ce terrain à Y au prix d'un million et le revend pour 2 millions à B, qui finance son achat par un crédit bancaire, une expertise frauduleuse ayant surévalué le terrain. A rembourse son prêt d'origine alors que B ne le fait pas. B obtient un nouveau crédit bancaire pour couvrir la moins value constatée lors de la vente du terrain, ou de nouveaux prêts pour réaliser d'autres achats. Le banquier se trouve en situation de conflit d'intérêts. Soit il est complice de B et bénéficie d'une rémunération de lui. Soit la rémunération qui lui est versée par son employeur dépend pour partie des prêts que lui octroie sa banque, ce qui le conduit à négliger les contrôles.

– les prêts obtenus par des « hommes de paille » (straw borrower) destinées à « masquer » le bénéficiaire réel (qui est aussi l'investisseur) ;

– les classiques prêts en cascade se couvrant mutuellement dans une chaîne. Les banques réalisant des prêts croisés requalifiés dans les bilans de « participations ».

– Enfin, une spécialité des emprunteurs malhonnêtes œuvrant dans l'immobilier : ils engagent des travaux et empruntent de nouveau pour poursuivre le chantier. Une fois les fonds encaissés, à la fois de la banque, mais aussi des acheteurs abusés, ils quittent le pays laissant des quartiers entiers abandonnés, avec des chantiers inachevés. Une simple visite dans plusieurs pays européens suffit à démontrer l'ampleur de ces montages.

Ces fraudes n'ont été rendues possibles que grâce aux conflits d'intérêts non détectés des participants et à l'imprécision ou à l'inventivité de pratiques comptables permettant la dissimulation de ces montages. Tous ces « mauvais prêts » (bad loans), car fictifs, se sont alors propagés tels des virus silencieux et ont finalement infecté l'ensemble du système financier américain.

La recherche des fraudes et des conflits d'intérêts dans ce secteur essentiel de l'économie, nécessite par conséquent la mise en place d'une cartographie des risques efficiente et exhaustive, assortie de la mise en place de codes déontologiques destinés à prévenir de telles pratiques.

CHAPITRE VI

LES PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS

À l'instigation de la France et de l'Allemagne, qui réclamaient que les «juridictions non coopératives» fussent identifiées par les organismes internationaux concernés, et qu'une «boîte à outils» de «contre-mesures» contre eux fût développée, le dernier sommet du G20[1], a demandé à l'OCDE d'actualiser la liste des paradis fiscaux. Cette organisation s'est immédiatement acquittée de cette tâche, provoquant parfois l'indignation de pays qui ne souhaitaient pas être mis à l'index de la finance internationale et être considérés comme partie de «la face obscure de la globalisation»[2].

Il est courant de mettre sur le même plan «paradis fiscaux», d'une part, et «paradis financiers» ou «paradis bancaires», d'autre part, alors qu'on a affaire à deux notions différentes. Dans le premier cas, le régime fiscal est avantageux, dans les autres, il existe un secret bancaire renforcé. Par exemple, la Confédération Helvétique est réputée comme un «paradis bancaire», mais non comme un «paradis fiscal». Il n'en reste pas moins que «les paradis fiscaux» pratiquent aussi le secret bancaire.

Le traitement des paradis fiscaux et financiers pose de grandes difficultés méthodologiques. D'abord, parce qu'il n'existe pas de critère unique, clair et objectif permettant d'identifier un pays comme étant un paradis fiscal ou financier. Il s'agit d'une situation relative par rapport à des standards internationaux d'imposition fiscale ou de contrôle financier et bancaire. Ainsi, en référence à la notion de «paradis fiscal», l'article 238 A du Code général des impôts français évoque un «pays à régime fiscal privilégié». Ensuite, parce que la complexité des questions qu'ils soulèvent tient à la manière dont les pratiques légales et illégales, les fonds d'origine légale et d'origine illicite, sont fréquemment mêlés, ainsi qu'à la définition et l'emploi de la nationalité contournés.

Le succès des paradis fiscaux et financiers est considérable : ils sont plus de quatre-vingt-dix à avoir été répertoriés et ils concentrent des avoirs et des flux financiers conséquents. Les opérateurs économiques tirent trois types d'avantages de ces structures. Fiscalement, les paradis permettent l'évasion de revenus, le transfert de patrimoines, la gestion offshore des revenus et des actifs mobiliers et immobiliers. Ils fournissent, également, le moyen de se soustraire à un grand nombre de contrôles, tenant, par exemple, au régime de change, à l'origine des fonds ou à l'identité du destinataire. Ils facilitent, enfin, la mobilité internationale des capitaux. Les sociétés multinationales procèdent de la sorte à l'allocation optimum de leur trésorerie en fonction des différences

1. Réuni à Londres en avril 2009.
2. Pour reprendre la formule employée par M. Angel Gurria, secrétaire général de l'OCDE, au sujet des paradis fiscaux, dans une interview au quotidien *Le Monde*, daté des 5-6 avril 2009.

internationales de taux d'intérêt ou de change. Ces avantages comparatifs ont permis aux paradis financiers et fiscaux de devenir un moyen courant de gestion des entreprises. La plupart des montages qui y sont effectués ne requièrent pas une technicité particulière. Ils visent surtout à éviter de donner une vision d'ensemble d'une opération déterminée et à en modifier les données. Et il arrive fréquemment que ces activités soient constitutives d'infractions à la législation fiscale et financière, de fraudes, conflits d'intérêts, de blanchiment d'argent et de corruption.

Les difficultés méthodologiques, la complexité de la question et les intérêts nationaux divergents, n'ont pas permis d'apporter jusqu'à présent des solutions adéquates à la question des paradis fiscaux et financiers. Cependant, la crise financière de 2008 a agi comme un catalyseur, en mettant en exergue les dommages économiques pouvant résulter de leur existence et de leurs dysfonctionnements et la nécessité de la régulation, voire de la moralisation, de leur activité. Dès lors, il semble nécessaire de revenir sur la réalité économique et patrimoniale des paradis fiscaux et financiers, de mettre en lumière l'importance des pratiques de fraudes et blanchiment de fonds auxquelles ils sont associés, et d'examiner leurs connexions avec la criminalité.

LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE ET PATRIMONIALE DES PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS[3]

Les agents économiques et financiers ont largement recours à toutes sortes de structures établies dans les paradis fiscaux et financiers : des établissements financiers et bancaires, des agences commerciales ou d'assurances ou de conseils. Ces structures répondent à une très vaste variété de besoins. C'est ainsi que, par touches successives, s'est installé « un secteur bancaire et financier parallèle », composé de banques d'affaires, d'outils incontrôlables et de fonds spéculatifs, par lequel transite une part considérable des flux financiers mondiaux et qui assure la gestion de patrimoines individuels.

LES PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS, DES ACTEURS CONSIDÉRABLES DE L'ÉCONOMIE MONDIALE

Le poids des paradis fiscaux ressort de l'importance des flux financiers dans lesquels ils participent et du très grand nombre d'opérations et d'agents pour lesquels ils interviennent.

Les paradis fiscaux et financiers sont intimement liés au secret et à la dissimulation. Aussi, bien que leur importance économique soit majeure, il est impossible de l'établir de façon indiscutable. On s'en tiendra donc à un exemple fourni par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement : les paradis fiscaux représentaient, à la fin 2005, un tiers du stock des investissements directs à l'étranger des firmes multinationales, avec une tendance à la hausse depuis la seconde moitié des années 1990.

Le poids des paradis apparaît encore plus clairement quand on comprend qu'ils interviennent aux différents stades de la vie économique, avec une multitude d'objectifs et qu'ils sont utilisés par toutes sortes d'agents économiques, depuis le simple particulier jusqu'à la société multinationale.

– Les paradis fiscaux et financiers constituent ainsi une base d'investissement. Par exemple, au plan européen, 37 % du stock d'investissements à l'étranger des firmes françaises et européennes se trouverait dans les paradis fiscaux.

3. Pour plus d'information sur ce point se référer à l'ouvrage : *Les Paradis fiscaux*, de Christian Chavagneux et Ronen Palan, ainsi qu'aux articles de Christian Chavagneux dans *Alternatives économiques* et les rapports du Service central de prévention de la corruption.

– Ils permettent aussi la dissimulation de dettes. Les scandales financiers qui ébranlent régulièrement les systèmes financiers et économiques montrent que les entreprises multinationales utilisent aussi ces structures pour occulter leurs dettes. De cette manière, leurs créances douteuses ne figurent pas à leur bilan, les rendant apparemment plus attrayants pour les investisseurs. Les scandales d'Enron et Parmalat ont montré certains types de dissimulations qui devraient apparaître dans les examens de la crise financière actuelle.

– Les établissements bancaires et financiers jouent un rôle de premier ordre dans l'activité des paradis fiscaux et financiers. Par exemple, les grandes banques internationales en font un usage important. Elles y développent des montages destinés à la défiscalisation et qu'elles facturent à des tarifs élevés, tout en permettant la dissimulation des revenus issus de ces manipulations.

Il faut, notamment, relever que les établissements bancaires et financiers créés ou établis dans des paradis fiscaux et financiers se soustraient eux-mêmes, couramment, aux recommandations des « Accords de Bâle »[4], dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires et les exigences de fonds propres.

– Certains paradis fiscaux sont spécialisés dans la gestion des compagnies d'assurance « captives » : ces structures, sortes de filiales des entreprises, s'assurent et se réassurent dans des conditions opaques[5].

– Les paradis fiscaux et financiers sont aussi le siège de fonds spéculatifs, les « hedges funds ». Un nombre important de ceux-ci sont immatriculés dans un paradis fiscal et financier et gérés dans un autre, pour des opérations qui parfois sont effectuées exclusivement dans un troisième État pour le compte de clients résidents dans une multitude d'États. Leur capital aurait des origines diverses : 30 % des sommes engagées proviendraient de personnes privées, le reste, de fonds de fonds, sorte de regroupements d'entités de même nature, eux-mêmes composés de financeurs d'origines diverses (banques assurances, fondations, etc.), enfin d'apports en provenance de diverses entreprises. En réalité, à la différence des fonds, même spéculatifs installés dans les territoires contrôlés, les « hedges funds » échappent très largement aux réglementations et à la régulation[6]. Si bien que souvent aucune certitude sur les fonds propres dont ils se prévalent n'existe. Quant aux contrôles financiers internes de la structure ou prudentiels, ils sont réduits parfois à la portion congrue.

4. Le Comité de Bâle, composé de représentants des banques centrales et des autorités prudentielles de treize pays, a formulé un ensemble de recommandations aboutissant aux accords de « Bâle I » et « Bâle II ».

5. Voir à ce sujet le rapport du SCPC 2006.

6. Aux États-Unis une cour d'appel avait, en 2006, annulé une décision de la SEC, exigeant l'immatriculation de ces fonds auprès du régulateur.

LA GESTION DE PATRIMOINE INDIVIDUEL ET LES PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS

Les détenteurs et gestionnaires de patrimoines trouvent des avantages importants à recourir à des paradis fiscaux et financiers. Les comptes ouverts dans un paradis peuvent être nominatifs, numérotés ou à pseudonyme. Les banques peuvent fixer elles-mêmes le montant minimum de dépôt, et celui-ci est parfois modeste. Tous les produits bancaires et services y sont proposés : comptes courants et à terme, cartes de crédit, coffres-forts, opérations sur titres, leasing, etc. , avec mandats de gestion discrétionnaire, possibilité de consultation avant prise de décision et « self-management [7] ». Par exemple, avec une carte de crédit, il est possible de régler des dépenses en France à partir de sommes déposées sur un compte à l'étranger, avec peu de risques que les services fiscaux nationaux en soient avertis. De façon générale, ces utilisations, en France ou à l'étranger, ne sont pas décelables par les organismes de contrôles français. Ce compte bancaire peut-être géré de manière discrétionnaire ou sans consultation. En effet, suivant le type d'utilisation (mandat de gestion privée ou suivi patrimonial personnalisé) qui en sera fait, le choix du mode de gestion pourra être sensiblement différent. Mais les options provoqueront des variations de frais bancaires et de gestion.

Enfin, la concurrence entre les paradis fiscaux et financiers est vive. Les possibilités de choix de l'agent économique sont larges, car les paradis offrent quasiment tous, à spécificités égales, des prestations similaires. Les clients potentiels procèdent donc à une analyse comparative de leurs performances et de leurs possibilités avant de prendre leurs décisions. Les paradis sont également contraints par la concurrence des places financières classiques, qui proposent des produits et services assez semblables, sans être affectées par leur réputation sulfureuse. Et toutes ces facilités d'usage se prêtent à la corruption, aux fraudes et au blanchiment de fonds.

7. Le client gère personnellement son compte par l'intermédiaire de l'établissement financier.

PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS, CORRUPTION, FRAUDES ET BLANCHIMENT DE FONDS

En matière de corruption, de fraudes et de blanchiment de fonds, la contribution des paradis fiscaux et financiers est très importante. Ils permettent notamment de créer des structures offshore. Celles-ci peuvent être des entités industrielles, commerciales et financières ou bancaires. Elles ont, toutefois, pour point commun de dissimuler les opérations et leur but réel, ou de les soustraire aux règles nationales, publiques ou privées, plus contraignantes.

LES TECHNIQUES FRAUDULEUSES COMMUNÉMENT EMPLOYÉES

Les manœuvres accomplies dans des paradis fiscaux et financiers passent souvent par des fournisseurs ou des clients fictifs, vers lesquels ou en provenance desquels des flux financiers intègrent ou quittent la structure qui les utilise. Les opérations bénéficient, ainsi, de l'apparence d'une réalité économique et les flux échappent aux contrôles publics ou privés [8]. Les techniques communément mises en œuvre sont décrites ci-dessous :

– création, sous toutes formes, de sociétés permettant de frauder, de corrompre et de blanchir. Sur ces supports se déclinent les manipulations afférentes aux valeurs de transfert, les gains issus des plus values détournées, les stocks options camouflés, le blanchiment et les corruptions ;
– utilisation d'entités dédiées aux fausses opérations, à celles utilisées pour tourner les embargos, ainsi qu'aux fournitures des besoins criminels ;
– utilisation du droit local afin de bloquer toute demande de renseignements émanant des autorités publiques étrangères ;
– la gestion personnelle des fonds détournés grâce essentiellement à des comptes bancaires, des prêts adossés, en particulier dans le but d'échapper à l'imposition de la fortune et au patrimoine ;
– les montages plus complexes, tels que des trusts ou des structures éclatées entre plusieurs paradis fiscaux et comportant des clauses de fuite ;
– les supports des structures de camouflage qui peuvent recourir à des « special purpose entities [9] » ou des structures de défaisance, isolant à l'extérieur des comptes propres d'une entité, les créances douteuses.

8. On rappellera que dans un cas de corruption au détriment d'une personne privée, le corrupteur et le corrompu ont intérêt à occulter l'opération à la victime.

9. Structure de titrisation *ad hoc*.

LA MODIFICATION DES VALEURS DE TRANSFERT, UNE TECHNIQUE PARTICULIÈREMENT UTILISÉE

Selon l'Organisation de coopération et de développement économique, les prix de transfert sont « les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées ». D'après ce principe, le prix pratiqué entre entreprises dépendantes doit être identique à celui pratiqué entre entreprises indépendantes. Ainsi, les ventes à l'intérieur d'un groupe entre des établissements situés sur des États différents devraient intervenir à prix équivalent aux ventes réalisées avec des entités extérieures au groupe situés sur les mêmes États. Ces transferts sont l'occasion pour certaines entreprises de contourner la loi.

On relève trois types de montages principaux :

– la modification des prix de cession entre sociétés filiales permet de transférer les bénéfices d'une structure à une autre, ou d'un pays à un autre, en fonction du type de montage (fraude ou blanchiment) ;
– la manipulation des prestations immatérielles constitue un excellent support pour modifier les valeurs de transfert. La difficulté d'évaluer une prestation, le grand nombre d'intermédiaires impliqués dans ce type de montage et la multiplication des possibilités de dissimulation sont évidents. Dans le domaine des assurances, par exemple, une multitude de courtiers, ainsi que des opérations de réassurance, rendent la lecture globale des opérations presque impossible ;
– la surfacturation, permettant de créer des caisses noires, est le type de montage venant le plus souvent à l'esprit ; cependant, la sous-facturation est, elle aussi, très présente.

L'enchaînement de ces montages conduit à des infractions complexes. Par exemple, les structures offshore peuvent manipuler la valeur de transfert de biens et services. Grâce aux bénéfices ainsi dégagés, elles constituent de la sorte des caisses noires destinées au versement de commissions occultes ou de sommes injustifiées. Parallèlement, ces structures facilitent les opérations de blanchiment d'argent et la soustraction de particuliers à l'impôt moyennant une contrepartie financière.

En agissant de cette manière, ce secteur se prête notamment aux montages délictueux et à la réception de fonds provenant du crime organisé.

PARADIS FISCAUX ET FINANCIERS, ET CRIMINALITÉ

Les paradis fiscaux et financiers répondent particulièrement aux nécessités de la criminalité. Ils l'accompagnent dans chacune de ses opérations illégitimes ou légitimes. Les secteurs des jeux et d'internet en constituent de bons exemples.

Le secteur des jeux est historiquement lié aux paradis fiscaux et financiers. Mais la criminalité a su suivre les évolutions technologiques et faire de l'internet un outil efficace. Dans ces deux secteurs, les délinquants ont trouvé la liberté maximale et le risque réduit de défaut de paiement, car ils ont recours à des méthodes violentes d'encaissement, tout en échappant largement à la juridiction pénale des États.

On connaît la difficulté du contrôle des établissements de jeux et paris installés physiquement sur un territoire identifié et soumis à une souveraineté claire [10]. Qu'en est-il alors, si on y ajoute l'utilisation d'Internet et des paradis fiscaux ? L'absence d'établissement stable, et physiquement identifiable, rend la commission d'infractions plus aisée. Internet se prête particulièrement au recours à des sociétés prête-nom. Les poursuites juridiques y sont souvent ardues (identification des auteurs, régime juridique des poursuites applicable, coopération judiciaire internationale...). Et en cas de condamnation civile ou pénale, les voies d'action et de contrainte contre la structure ou les personnes condamnées s'avèrent souvent vaines. L'organisation criminelle transfert immédiatement, par ailleurs, l'activité dans une autre structure peu contrôlée.

Le blanchiment de fonds grâce aux jeux et paris utilise les techniques suivantes :

– la distribution de gains fictifs ou faussés à des joueurs complices qui disposeront alors, dans les pays qui l'admettent, de moyens pour justifier leur train de vie ;
– la mise en jeu de fonds d'origine douteuse. Il s'agit souvent de mises très nombreuses et d'un montant élevé en provenance de pays non coopératifs ou non évalués par le Groupe intergouvernemental d'action financière (GAFI), ou de tout autre pays à risque, ces derniers étant nettement plus nombreux que ceux clairement qualifiés de dangereux ;
– le camouflage de l'origine des fonds lors de la constitution du capital des établissements de jeux et des casinos.

10. *Cf.* le rapport du SCPC au titre de l'année 2007.

De façon plus générale, l'identification des investisseurs ou des capitaux d'une entreprise installée dans un paradis fiscal est très difficile et la constitution de cette entreprise dans un but criminel est fort vraisemblable. Dès lors, toutes les opérations de celle-ci peuvent devenir suspectes. Par exemple, le paiement d'un dividende est-il justifié ou correspond-t-il au versement d'une commission de corruption ? Et si le dividende est justifié, est-il correctement déclaré au fisc ?

Le blanchiment d'argent peut affecter tous les délits, en particulier lorsque les flux financiers alimentent la corruption. Et l'on sait par expérience que blanchiment de fonds, corruption et criminalité sont associés à toute une série d'infractions et comportements répréhensibles.

CONCLUSION

Pour conclure, nous citerons le rapport officiel remis il y une trentaine d'années au président américain J. Carter et portant sur les paradis fiscaux : *« Il est légitime qu'un pays décide de ne pas imposer les transactions financières ou d'attirer des activités financières extraterritoriales. Mais quand, par ses lois il dénie toute information aux pays fiscalement lésés ou dont la législation a été violée, il se crée une situation qui attire les criminels, une situation d'abus vis-à-vis des autres États ».* Ces constatations demeurent d'actualité. Et pour contrer les abus des paradis fiscaux et financiers, il faut poursuivre leur identification, améliorer grandement la traçabilité des flux financiers internationaux et renforcer la lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption.

CHAPITRE VII

L'INVESTIGATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

La récente crise financière a mis en lumière de nombreux dysfonctionnements dans le fonctionnement des dispositifs de contrôle ou de régulation, étatique ou privés.

La crédibilité des organismes ou entités de régulation a été affectée par ces défaillances.

Au-delà des responsabilités individuelles que la justice s'attachera à déterminer, ces défaillances successives font apparaître l'existence d'un système de pouvoir et de gestion concentré, le plus souvent, dans les mains d'un même homme (élu, décideur privé, haut fonctionnaire...), élément central d'un réseau où l'efficacité prime souvent sur la légalité, efface toute frontière entre sphères publique et privée. On relève aussi un « suivisme » dans les comportements qui, facilités par l'allégement des contrôles peut entraîner aisément certains gestionnaires dans des dérives graves.

Dans le domaine des marchés publics, les procédures ont été, depuis une dizaine d'années, régulièrement allégées pour des raisons de prétendue efficacité : augmentation croissante des seuils de mise en concurrence, simplification administrative, alors que les comportements de manipulation des marchés persistent de façon inquiétante. La concentration des pouvoirs mais aussi un allégement des délégations, favorisent les contournements de la règle, les arrangements, voire les tentatives de corruption, face à des opérateurs privés exerçant un indéniable pouvoir d'influence.

Le contrôle s'avère donc plus que jamais nécessaire (en période de crise économique, les tentations de transgresser sont accrues compte tenu notamment des difficultés de certaines entreprises). Après l'identification, dans le rapport 2007, des indicateurs de risque de corruption, il paraît utile, pour éviter, voire pallier les difficultés nées de ce déficit de contrôle, que les décideurs puissent recourir/se reporter à une méthodologie d'investigation propre à faciliter la détection des fraudes. Cette entreprise de moralisation de la vie publique est d'autant plus indispensable qu'en période de crise, les citoyens ne supportent plus les écarts entre le droit annoncé et le droit « réel », effectif (souci d'égalité exacerbé). Les fraudes des « élites » ne sont plus tolérées, contrairement à la situation qui prévalait durant les « Trente Glorieuses », où les « illégalismes » et contournements de la norme étaient socialement mieux acceptés.

Éviter les dérives « populistes » impose de « re/légitimer » le contrôle et de le rendre visible. Il ne suffit pas que « justice » soit faite, dit-on en Grande-Bretagne, il faut aussi que l'on voie que justice a été faite.

La faiblesse des contrôles, leur allégement – à l'origine dans le passé de multiples drames, dans le domaine de la santé publique – est

d’autant plus préoccupante dans un cadre économique bouleversé par la mondialisation et en quête de nouveaux repères.

Que peut-on faire pour prévenir la commission de faits de corruption ou d’infractions assimilées ?

L’investigation susceptible d’identifier la présence de corruption dans les marchés publics, c’est-à-dire la mise à jour et la collecte d’éléments prouvant l’existence de montages frauduleux à l’occasion de la passation de ces marchés, soulève des difficultés particulières qui tiennent à la multiplicité des fraudes, au volume et à la complexité croissants de l’achat public ainsi qu’à l’évolution des méthodes de fraude :

- multiplicité des fraudes permises par les marchés publics (MP) : dans ses précédents rapports, le SCPC a eu l’occasion d’exposer les méthodes les plus courantes utilisées par les fraudeurs (voir à ce sujet les rapports des années 1996 et 2007) ;
- le volume et la complexité croissants de l’achat public : le développement de nouvelles formes d’achat, dans de nouveaux domaines rend plus difficile le travail des contrôleurs ;
- les méthodes de fraudes tendent également à évoluer : les montages « traditionnels » (passage par un organisme privé, fractionnement, entente...) n’ont pas disparu, mais ils coexistent avec des schémas plus élaborés qui font intervenir toute une série d’intermédiaires et la constitution de réseaux...

Dans ce contexte, il apparaît souhaitable que les décideurs publics soient eux-mêmes en mesure d’identifier et d’établir le chemin de la corruption ou de la fraude au sein de leurs collectivités, et ce dans des conditions d’efficacité et de sécurité suffisantes pour être en mesure d’en faire le signalement à l’autorité judiciaire.

La méthodologie d’investigation exposée ici s’inscrit dans le prolongement du guide d’audit de la corruption présenté dans le rapport du SCPC au titre de l’année 2007. Elle constitue, comme l’audit, un outil de contrôle interne (maires ou contrôleurs des collectivités) ou de contrôle externe (commissaires aux comptes, contrôles externes ou services du ministère de la Justice). De la même façon, cette investigation peut, lorsqu’une suspicion d’infraction existe, conduire le décideur à utiliser l’article 40 du Code de procédure pénale pour saisir l’autorité judiciaire. La phase judiciaire permettra, quant à elle, d’entreprendre des investigations plus approfondies, telles que la saisie des disques durs ou des logiciels (extraction des données fournisseurs, acheteurs...), les auditions, gardes à vue, perquisitions... L’analyse informatisée des fraudes dans les marchés publics, présentée à la suite de cet article, pourra constituer, pour les enquêteurs, un outil complémentaire d’analyse des informations et de collecte des preuves de la corruption.

LES ÉTAPES D'UNE RECHERCHE DE PREUVE

Lorsqu'on se trouve en face d'un constat étrange, d'un évènement inhabituel, d'une écriture incompréhensible, et que les deniers publics sont engagés, il est pertinent de diligenter des recherches pour vérifier la nature de l'opération.

L'administration dispose, en principe, d'une force de frappe d'investigation autonome et spécifique (car distincte de la procédure pénale, voir *infra*) qui devrait lui permettre de détecter les pratiques frauduleuses :

- c'est une méthode « ouverte » : elle n'est pas centrée d'emblée sur la mise à jour d'une infraction déterminée : elle peut conduire à ouvrir des pistes et à faire émerger des pratiques que les premiers actes d'investigation auraient conduit à négliger ;
- elle apporte une réponse au problème de l'accessibilité et de la disponibilité des sources dans la mesure où elle repose sur l'analyse de documents qui, comme la comptabilité, ont en principe un caractère obligatoire ;
- si elle reste centrée sur les éléments financiers, et plus précisément la reconstitution de l'origine et de la destination du financement des pratiques frauduleuses, elle ne néglige pas pour autant les aspects plus techniques ou factuels.

Cependant, la priorité donnée à la dimension financière présente un intérêt qui est double :

- mettre à jour les schémas frauduleux qui se camouflent derrière des apparences de grande technicité ;
- minorer la place occupée par le « facteur humain » dans les investigations : les témoignages, dénonciations, révélations ne constituent pas en eux-mêmes des preuves...

À ce stade, la question se pose de savoir comment s'articule cette démarche avec les techniques d'investigation « traditionnelles ».

D'emblée, il convient de préciser que cette démarche ne se substitue pas à ces méthodes, mais constitue en quelque sorte leur complément naturel ou leur préalable.

LA FORMULATION D'UNE HYPOTHÈSE

Le diagnostic est établi sur la base des indicateurs disponibles, de la maîtrise des typologies de fraudes et des caractéristiques de l'organisation. Il conduit à une hypothèse modifiable en fonction des éléments nouveaux.

Certaines procédures dérogatoires permettent de se dispenser des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics. Sous couvert de l'urgence par exemple, une fausse facture peut être émise pour des travaux ou des prestations sans réalité tangible. Cette dérive sera camouflée au moyen de documents falsifiés (fausse justification de la réalité de l'urgence, absence de contrôles d'exécution, faux décompte définitif...). Il convient alors de rétablir la situation réelle

Il s'agit donc, à ce stade, de comprendre le mécanisme et de se placer dans la situation du fraudeur afin de reconstituer le cheminement qui a permis de détourner des fonds. Ce questionnement conduit à identifier les failles existantes.

À ce stade, il peut s'avérer pertinent d'observer la situation sur les lieux de la fraude. Cette démarche est souvent plus fructueuse qu'une analyse non exhaustive de documents papiers.

LA RÉCUPÉRATION DES DONNÉES UTILES DANS LES LIEUX APPROPRIÉS

Certaines structures ont élaboré, à titre préventif, à partir des schémas de survenance de fraudes considérées comme dangereuses, une analyse du cheminement de ces dernières dans les fichiers informatisés. Les supports qui pourraient être susceptibles d'apporter la preuve des montages devront, par conséquent, être sauvegardés pendant une période suffisante.

Par la suite, il conviendra de déterminer la méthode de récupération la plus adéquate : soit la saisie de toute la documentation disponible, soit l'adoption de mesures conservatoires (suspension du poste dans lequel des problèmes ont été identifiés et/ou blocage de l'ensemble des flux), soit un travail d'investigation qui reste discret afin de ne pas éveiller les soupçons.

Si la fraude ou la corruption est présente, il existe en effet un risque que les auteurs, informés des investigations, ne soient tentés de détruire les traces de leur forfait.

Sur ces bases, les données utiles à l'établissement de la preuve doivent alors être précisément définies : la documentation comptable, les documents papiers, les fichiers, les méls...

LE RETRAITEMENT DES DONNÉES COLLECTÉES

Ce retraitement doit permettre de faire apparaître des anomalies dans la gestion de l'entreprise :

– par une analyse des faits à différentes périodes qui permettront de faire apparaître des variations anormales.

Par exemple :

– analyse des remboursements de frais pendant les vacances plusieurs années de suite ;
– suivi des paiements de chèques à des bénéficiaires douteux ; plus aucun chèque n'est émis après le départ de la personne soupçonnée ;
– par l'établissement de ratios.

Par exemple :

– dans des structures commerciales satellites, le ratio bénéfice brut de l'année/bénéfice brut de l'année précédente permet d'identifier le risque de décalage de dépenses de l'exercice par rapport à une période ultérieure, ou le décalage de l'impôt dû à une période ultérieure ;
– le ratio dépenses d'investissement/total des ventes permet d'identifier l'inscription de dépenses futures sur la période, et des décalages possibles de dépenses de l'exercice par rapport à une période ultérieure ;
– toujours dans les satellites, le ratio des travaux en cours (travaux en cours/chiffres d'affaires et variation des travaux en cours d'une année sur l'autre) permet d'identifier des fraudes potentielles que l'on tente de camoufler par ce décalage.

Il est également possible, en partant des documents, de rechercher les tendances suivantes :

– évolution des achats, des salaires, des remboursements, des charges financières... de l'année N par rapport à N-1, en mettant en évidence l'impact des effets de quantité, de prix ;
– comparaison des achats de l'année N par rapport à N-1, sur plusieurs sous-périodes comptables intermédiaires (achats trimestriels) en expliquant les évolutions constatées, les variations des ratios au cours de différentes sous-périodes de N ;
– comparaison des achats réalisés par rapport au budget, en justifiant les écarts.

Si les résultats de ces analyses laissent entrevoir la présence de fraude, leur preuve exige des recherches complémentaires.

ANALYSE APPROFONDIE DES SUPPORTS INFORMATIQUES ET COMPTABLES

Une analyse informatique simple doit alors être engagée.

Elle consiste à tester le support informatisé. La collectivité étant gérée dans un cadre spécifique, ces analyses porteront surtout sur les établissements liés à la collectivité qui ne sont pas soumis à la réglementation étatique.

Si le logiciel est connu, une fois sa fiabilité vérifiée, la nécessité de tester son fonctionnement est réduite. En présence d'un logiciel peu répandu, développé en interne par la société, sur lequel les services informatiques, un informaticien isolé, des spécialistes de la comptabilité ont apporté des modifications essentielles, il est nécessaire de réaliser un contrôle approfondi. Il faut alors :
- tester son utilisation ;
- vérifier si plusieurs exercices comptables peuvent rester non clôturés ;
- vérifier si les écritures peuvent être transférées d'un mode simulation vers un mode réel et réciproquement ;
- vérifier que le numéro de mouvement attribué à une écriture soit intangible (pas d'écrasement en cas de modification) ;
- vérifier la gestion interne des dates (saisir plusieurs écritures sur plusieurs exercices ouverts simultanément) ;
- vérifier l'irréversibilité de la passation d'écriture ;
- vérifier que la suppression des écritures laisse des ruptures dans l'incrémentation de la numérotation des opérations ;
- vérifier que la suppression d'une écriture lettrée (codifiée) ne soit pas possible ainsi que la suppression du lettrage sur des écritures validées.

Cette liste est loin d'être exhaustive, car en définitive les recherches peuvent être développées bien plus avant suivant la qualité de l'outil.

Pour tout type de logiciel les recherches basiques suivantes doivent être conduites :
- évaluer la procédure de gestion des droits d'accès au réseau, aux applications de comptabilité et aux bases de données comptables (procédures, comptes utilisateur, mots de passe, profils, traçabilité des accès et des opérations) ;
- rechercher les paiements ou les enregistrements de factures validées (sur la base des écritures passées par les identifiants à partir des comptes de charges utilisés pour effectuer ses opérations douteuses) ;

– analyser les autres charges enregistrées et remonter aux justificatifs ;
– identifier les factures non visées par le responsable identifié, collecter des informations détaillées sur ces factures et notamment rechercher si ces factures sont au nom d'un fournisseur inconnu jusque-là.

Les systèmes informatiques gardent la mémoire de l'ensemble des mouvements comptables. Ils permettent d'assurer leur traçabilité dans la durée. L'auditeur a la possibilité de créer des points d'observation permanents sur des processus fournisseurs, clients, trésorerie, salaires... L'identification des zones de risques, par exemple dans la cartographie des risques par processus, la définition des indicateurs et des requêtes probants pour généraliser la surveillance, enfin l'analyse récurrente et régulière des fichiers ciblés et des indicateurs construits (analyse des modifications enregistrées dans le fichier des Relevés d'Identité Bancaires, suivi des comptes fournisseurs réactivés, etc.) permettent de disposer d'informations intéressantes et exhaustives.

Par ailleurs, une analyse générale des systèmes comptables doit être effectuée :

– vérifier la numérotation chronologique des éditions de manière à éviter les travaux sur des supports invalides ou l'antidatation d'écritures ;
– tester sur une période donnée le suivi des opérations diverses ;
– vérifier si les cumuls de cohérence entre journaux, balance et grand livre auxiliaire et général sont corrects. Des différences pourraient cacher des détournements ou des opérations comptables douteuses ;
– analyser les transferts d'écritures entre la trésorerie et les postes clients et fournisseurs ainsi que tous les transferts existant entre les diverses sources de données.

Ces travaux sont parfois difficiles, souvent longs mais ils sont nécessaires car ils permettent d'identifier les preuves des comportements frauduleux.

LES POINTS CRITIQUES À NE PAS NÉGLIGER

La méthode la plus pertinente consiste à adapter la lecture des documents et les méthodologies de recherche à l'aune de la fraude pour limiter ce risque majeur. Il est nécessaire d'éviter un contrôle purement formel, qui se limite à une liste de points à vérifier, sans aller chercher les explications nécessaires.

Les contrôles présentent généralement trois types de faiblesses :

- carence dans l'analyse des problèmes du fait de la méconnaissance des indicateurs de présence de la fraude ;
- carence dans le questionnement : le problème n'est pas bien posé et le questionnement technique reste approximatif, en fait on ne sait pas clairement ce que l'on cherche. Parfois même on ne tient guère à « soulever un problème » qui générerait plus d'ennuis que de reconnaissance. De plus, poser à un fraudeur maîtrisant parfaitement les montages pour les avoir mis en place, une question vague, ouvre la voie à des réponses dilatoires et crée un écran de fumée derrière lequel se perd le contrôleur ;
- carence certaine dans l'analyse des réponses : on a même, dans certains cas identifié la validation de réponses irrationnelles, démontrant une crédulité confinant à la naïveté. Souvenons-nous que la société italienne Parmalat, a présenté un fax censé provenir d'une banque américaine, dans laquelle elle n'avait aucun compte, reconnaissant l'existence d'une créance de plusieurs milliards. Personne n'a relevé la bizarrerie de la réponse, d'autant plus que la créance équilibrait les comptes.

L'ÉLABORATION D'UNE ANALYSE PERSONNALISÉE

Une fois ces opérations précédentes effectuées, les analyses conduisent naturellement à identifier un comportement personnel, le fraudeur ou le corrompu présumé est alors quasiment identifié. On passe alors, d'une recherche sur les processus à une investigation portant sur une personne.

Toutes les précautions relatives aux droits de la personne doivent être prises de manière à ne pas être soi-même poursuivi pour avoir transgressé les règles.

C'est souvent à ce moment que le signalement sur la base de l'article 40 du Code de procédure pénale est effectué au procureur de la République.

Il peut arriver que le montage frauduleux soit tellement primaire que la première vague de contrôle suffise à apporter une preuve pertinente de la manipulation.

Exemples :
- un agent public a bénéficié de cadeaux ou a perçu des sommes d'argent en contrepartie d'actes favorisant une entreprise soumissionnaire ;

– un salarié d'une compagnie d'assurances créait des dossiers fictifs sur lesquels il générait des litiges entraînant des paiements sur son propre compte.

La recherche de la preuve peut dans ces cas être très rapide (le service informatique peut être mandaté pour identifier à partir de quel poste les cadeaux ont été offerts et l'argent versé au fonctionnaire corrompu – voir le rapport SCPC de l'année 2007).

Le traitement de ces dossiers a consisté en une recherche de l'occurrence de la création des comptes bancaires intrus. L'investigation a duré une demi-journée, les faux dossiers ayant été créés depuis le propre poste du fraudeur avec sa propre habilitation et les règlements des pseudos litiges étaient virés sur le même compte bancaire qui s'était vu créditer de 17 paiements consécutifs en provenance de dossiers dissemblables.

Un certain nombre de vérifications doivent être effectuées si le choix est fait de poursuivre l'investigation interne. Ces travaux peuvent être organisés de la manière suivante :

– s'assurer de la présence effective du fraudeur présumé au moment où les faits se sont produits (analyse de la présence sur place du présumé fraudeur, des congés, etc.) ;
– analyser les zones de risques les plus évidentes en identifiant clairement les habilitations et le champ de compétence du fraudeur présumé. Les diverses zones peuvent nécessiter des méthodes différentes ;
– développer des recherches approfondies sur chacun des secteurs figurant dans la zone considérée. Dans la zone sécurité d'accès au logiciel par exemple, ajouter en plus de l'analyse classique de la gestion des droits d'accès au réseau, une revue des accès aux applications comptables et aux bases de données (procédures, compte utilisateur, mot de passe, profil et traçabilité) ;
– valider l'ensemble des rapprochements bancaires et en particulier les écritures de rapprochement, ainsi que la vérification de la bonne tenue des enregistrements dans le grand livre ;
– valider les comptes fournisseurs, les écritures incohérentes telles que des écritures en débit sans cohérence avec les sommes figurant en crédits ; cette validation va permettre de s'interroger sur les raisons de cette incohérence et de déterminer si elle se justifie ou non ;
– valider les montants débiteurs en identifiant les montants, les dates, l'origine de l'écriture, celle de la contrepartie, la banque leur régularisation, etc. ;
– analyser les variations de stock (pour les satellites ou le petit stock), les écritures anormales et les écarts non expliqués ;

– rechercher toutes les écritures passées avec l'identifiant du fraudeur présumé, en particulier pour les charges remonter aux justifications ;
– rechercher les écritures de constatation de charges qui n'ont pas de contrepartie dans les comptes fournisseurs, les écritures de reclassement, etc.

Comme on peut le constater, la recherche des preuves de fraudes constitue une véritable reconstitution de la comptabilité dans une optique particulière.

LA PREUVE PEUT PRENDRE DES FORMES VARIÉES (DOCUMENTAIRE, VISUELLE, TÉMOIGNAGES, FAISCEAU D'ÉLÉMENTS...)

Elle doit permettre de mettre à jour les mécanismes de la fraude :
– Qui est susceptible d'avoir effectué ces montages ? L'identification peut se faire par l'analyse des fonctions ou des habilitations informatiques utilisées.
– Quand ont-ils été mis en place ? L'analyse de l'historique des opérations permet d'identifier les périodes prescrites.
– Quels postes ont été impactés par ces manipulations ? L'analyse des comptes de charges débités.
– Quel est le coût pour l'organisation ? Analyse du montant des sommes détournées.

Où les fonds ont-ils disparu ? Analyse des comptes crédités et des modifications de relevés d'identité bancaire.

Les modalités de fraude découvertes doivent aussi conduire à en tirer des enseignements pour l'avenir :
– Pourquoi cela a-t-il été aussi facile ? Par exemple, parce que les fonctions n'étaient pas séparées.
– Que faire pour y remédier à l'avenir ? Cette question est essentielle car à la fin de tels travaux il faut tirer les leçons de la fraude. Afin qu'elle présente une utilité même tardive, il convient de proposer une organisation apte à protéger l'entreprise de ces agissements.

L'INVESTIGATION INTERNE PROPREMENT DITE COMPORTE DEUX VOLETS

Il doit être précisé qu'une investigation interne, donc antérieure à un dépôt de plainte, peut être effectuée par des inspections ou par des services de contrôle interne, l'organisation importe peu, chaque structure ayant suivi, pour des raisons liées à son histoire ou à sa culture, des cheminements organisationnels différents (se reporter au rapport 2007 du SCPC sur les indicateurs de corruption).

Le point essentiel de cette investigation réside dans le fait que les droits des salariés doivent être respectés, qu'il s'agisse de salariés fonctionnaires ou de salariés privés. Il ne sera donc pas possible d'ouvrir les courriers personnels, les mails, etc. Mais bien souvent, en revanche, la preuve d'une manipulation des comptes ou d'opérations de favoritisme est contenue dans la documentation existante, pour autant que celle-ci soit véritablement exploitée.

DES ANALYSES SPÉCIFIQUES DOIVENT PORTER SUR LES CONTRATS, LES FOURNISSEURS ET LES SOCIÉTÉS-ÉCRANS

Ces domaines doivent être analysés car ils sont présents, à un titre ou à un autre, dans la plupart des montages frauduleux. L'objectif est de reconstituer les circuits financiers, c'est-à-dire l'origine de la surfacturation et finalement de la destination de l'argent de la corruption.

Analyse d'ensemble des contrats

Le contrat ou le document qui constitue l'engagement juridique sur lequel se fonde l'opération litigieuse nécessite une revue ainsi que tout document de cette nature (voir le tableau simplifié qui figure en annexe).

On notera toutefois que la preuve d'une simple manipulation du support informatique permet de poursuivre pénalement un fraudeur. Même lorsqu'aucun bénéfice personnel n'a pu être identifié, la seule preuve patente d'une manipulation des supports peut entraîner la mise en œuvre d'investigations judiciaires plus approfondies[1]. Il s'agit là d'une alternative pertinente lorsqu'un montage a été parfaitement organisé.

1. Voir en ce sens l'article prémonitoire rédigé par Noël Pons et Pascal Leplongeon dans la revue *Audit* nº 178 de février 2006, éditions IFACI.

Les normes classiques de contrôle des contrats sont appliquées :
- existence du document ;
- exhaustivité documentaire ;
- clauses spéciales et conditions particulières (commissions, intermédiaires, tiers) ;
- participation de juristes dès l'origine pour les contrats complexes (sous-traitance et contrats complexes) ;
- processus établi et respecté, variantes d'application cohérentes suivant les secteurs ;
- suivi des contentieux par type de contrat, par service, par analyse de tendance sur les contentieux gagnés ou perdus (penser à la technique du faux procès qui fonctionne dans tous les cas de figure) ;
- et prêter une grande attention à ce qui en constitue le point essentiel : le service fait et la sortie des flux financiers.

La définition du périmètre établi à l'origine fixe le cadre de la recherche, cette dernière peut être élargie dans le cas où la présence d'indices récurrents exige des examens plus approfondis, en particulier des recherches externes en sources ouvertes.

Cette revue permet d'identifier l'existence de carences dans la gestion juridique, les types de contrats gérés avec rigueur et ceux qui sont laissés à l'abandon par secteur, par services, voire par acheteur. Elle évalue l'implication des fournisseurs et des clients par secteur et par type de procédure.

Elle permet aussi d'identifier les absences documentaires ou l'absence de service fait.

Les comptes fournisseurs nécessitent une recherche détaillée en liaison avec les contrats tout comme les comptes clients dans les satellites.

Les deux analyses se déclinent de la même manière et la problématique est similaire ; (la seule différence réside dans l'inversion du flux financier). On fraude en majorant les comptes fournisseurs (charges) ou en minorant les comptes clients (produits) et la corruption suit un schéma identique pour infecter les comptes.

Ainsi, une base d'analyse peut être construite puis déclinée en plusieurs points se révélant incontournables. En particulier, une revue de la tendance et de l'évolution des divers postes concernés peut être diligentée, à périmètre constant, en adoptant une approche analytique par comparaison des fichiers, des comptes fournisseurs, des modalités de paiement, etc.

Il s'agit d'identifier les évolutions « poste par poste » advenues entre les fournisseurs, les clients, les responsables d'achats, les directeurs commerciaux, les modalités de paiement par secteur et le risque

de conflit d'intérêts entre partenaires. On peut aussi comparer ces variations avec les schémas de fraude possibles.

Analyse des fournisseurs et des clients[2] (pour les satellites réalisant des opérations commerciales ou collectant des fonds)

Pour ce qui touche spécifiquement aux relations commerciales avec les fournisseurs et les clients, l'approche analytique permet également, comme pour les contrats, d'appréhender l'évolution des postes et d'identifier certains indicateurs de la présence d'un risque de fraude et de corruption :

– un nombre important de marchés passés avec le même fournisseur par secteur, par entité, par type d'achats sans aucune logique commerciale ;
– une augmentation surprenante du chiffre d'affaires avec un fournisseur qui « dormait » jusque-là, et corrélativement, une baisse chez d'autres fournisseurs par ailleurs incontournables, dont il n'est pas rare d'identifier la présence comme sous-traitants ;
– la présence de liens évidents entre un fournisseur et un acheteur qui peut amener une révision des modalités de choix des fournisseurs et des clients ;
– un chiffre d'affaires captif ou en forte expansion réalisé par un fournisseur isolé sans raisons particulières ;
– les opérations à forte marge sont dévolues à un fournisseur, les autres se partageant les marchés moins rentables ;
– un fournisseur dormant ou utilisé uniquement dans des périodes clés ou à risque comme les derniers jours du mois ou les périodes proches de signatures de contrats laisse présager des fausses facturations ;
– la liste des fournisseurs approuvés n'est pas tenue à jour ;
– un nombre élevé de modifications avec dépassement des coûts est identifié ;
– certains paiements concernant des fournisseurs particuliers sont plus rapides que d'autres sans raison commerciale particulière ;
– la séparation des fonctions est inexistante ou partielle ou encore, ce qui est souvent le cas, non respectée ;
– des fournisseurs ne sont pas inscrits sur le fichier d'appel d'offres (ou autorisés) et ils participent à des fractionnements d'opérations. Ces dernières se situant au-dessous du seuil autorisé, elles engagent la société avec un simple contrôle allégé.

2. Chacune de ces analyses a été développée et détaillée à l'occasion de divers articles rédigés par les auteurs dans la revue Audit, éditions IFACI.

Ces travaux s'accompagnent d'une revue des pièces justificatives relatives à ces opérations, puis d'un rapprochement avec la personne qui en est responsable.

Seront recherchées en priorité les opérations présentant les failles suivantes :
- certains services sont payés sur la base de factures peu explicites ou non documentées ;
- les documents justificatifs sont absents, seules les copies de documents illisibles ou de faible qualité sont disponibles ;
- on constate de nombreuses facturations non prévues aux contrats qui sont payées sans observations.

Ces constats font planer une forte suspicion : au mieux le poste n'est pas suivi, au pire les informations sont manipulées de manière que les auditeurs n'en disposent pas.

Cette analyse ne constitue qu'un « écrémage » en rapport avec la cartographie des risques généraux. Une fois que celle-ci est achevée, et que les indicateurs sont mis en évidence, la démarche suivante consiste à rechercher pour chacune des sociétés soumissionnaires les renseignements suivants :
- la date de création des sociétés utilisées pour ces montages : dans les cas de fraude, les sociétés sont, exception faite de quelques professionnels, très jeunes et disparaissent aussi vite qu'elles sont nées afin de bloquer les recherches et cacher la rapidité du paiement ; le transfert des flux est très rapide et les fonds ne restent pas plus de deux jours dans les comptes des sociétés ;
- la localisation, les changements d'adresse : ce sont des indicateurs de la pérennité de la structure ;
- le chiffre d'affaires, et la quote-part qui est affectée au client sous contrôle ;
- la qualité du gérant, le nombre de sociétés gérées, leur localisation.
- la périodicité des dates de facturation (les 28, 29 et 30 en particulier), les modalités de paiement et les délais accordés s'il s'agit d'un client ;
- l'existence de contentieux récurrents et le plus souvent gagnés par ces sociétés.

Analyse des sociétés écrans

L'allégement des formalités de création de sociétés a eu incontestablement pour effet de permettre la création d'une multitude d'outils au service de la délinquance. Dans une collectivité on les rencontre le plus souvent comme supports de sorties de fonds illégitimes à l'occasion de fausses études ou d'opérations de sous-traitance.

La présence de sociétés écrans constitue l'indicateur d'un risque de fraudes et de corruption, cette structure permettant de donner une cohérence certaine à la documentation lorsque le fraudeur camoufle son forfait par ce moyen. La société – écran peut être utilisée de diverses manières : d'abord pour légitimer des opérations, en émettant des fausses factures, correspondant à une prestation qui n'a jamais eu lieu ou à une surfacturation en support d'une sortie comptable. Elle peut être utilisée, en sens inverse pour, à l'appui d'une facture tout aussi fausse, intégrer dans la comptabilité des faux produits, et donc blanchir des fonds illégaux.

De plus, dans le cadre de la gestion de la caisse noire, des faux facturiers appelés aussi « taxis » sont utilisés pour encaisser des sommes non dues (la facture est fausse), transformer ces sommes en espèces afin de les distribuer sans risque. Seule l'analyse interne de ces sociétés permet de les identifier car les sommes ne font que passer. Dès leur encaissement, elles sont transformées en espèces, sommes minorées du pourcentage retenu par le taxi.

Cependant, le recours à ce type de sociétés laisse dans les fichiers un certain nombre d'indicateurs susceptibles d'être identifiés. L'expérience des montants frauduleux et le caractère répétitif des manipulations utilisant des sociétés-écrans permettent de proposer une sorte de chemin de recherche qui résulte du croisement de plusieurs approches.

L'analyse de la société suspectée, dans les comptes de l'organisation mère, peut mettre en évidence :
- des factures de valeur moyenne qui arrivent chaque mois les 28, 29, 30 ;
- des sommes rondes et des valeurs non significatives répétitives ;
- des paiements rapides ou ne correspondant pas à la moyenne constatée chez les autres fournisseurs ; l'accélération des paiements peut être accompagnée de pressions de la part de l'ordonnateur ;
- des charges comptabilisées dans d'autres comptes que ceux qui devraient être normalement imputés.
- des dates de création récentes avec un gros chiffre d'affaires ;
- des gérants de fait atypiques qui se camouflent derrière des hommes de paille ;
- des lieux d'exercice improbables ;
- un chiffre d'affaires réalisé en quasi-exclusivité avec l'organisation mère.

Ces recherches ne sont possibles que si la société respecte les textes exigeant une déclaration au greffe du tribunal de commerce, ce qui est rarement le cas.

L'analyse de la documentation du compte fournisseur ou client laisse souvent apparaître que :

– le fichier maître n'est pas documenté ;
– les prestations sont peu claires ou absentes ;
– le relevé d'identité peut être souvent modifié ;
– la société est introduite par forçage dans la liste des fournisseurs agréés ;
– ce fournisseur est systématiquement utilisé dans le cadre de procédures d'urgence ;
– les montants de ses facturations se situent au-dessous du niveau de signification, ou au-dessous du niveau des autorisations d'engagement.

Les questions dont les réponses valideraient le caractère de société écran pourraient être les suivantes :

– Qui est l'actionnaire majoritaire de la société ? Gère-t-il d'autres sociétés ? Combien ?
– Quel est son pourcentage de participation et quels sont les autres détenteurs d'actions ?
– Quelle est sa date de création ?
– Quel est son principal client ?
– Quels sont ses principaux fournisseurs ?
– Nature de la trésorerie ? Emprunts, fonds propres, avances maison mère ou groupe, etc.
– Qui sont les dirigeants ?
– Qui s'est porté caution pour les prêts dans le cas où la société ne disposerait pas de trésorerie suffisante pour racheter les créances douteuses ?

En cas de soupçons, il peut s'avérer utile de se poser les questions suivantes :

– S'agit-il de vente sans facturation ou de fausses facturations ?
– La société est-elle à jour de ses cotisations URSSAF et de ses impositions ?
– Les dépôts de chèques sont-ils immédiatement suivis de retraits en espèces ?

En définitive, le caractère global des recherches se justifie par les multiples formes que revêt la fraude. Il s'agit de l'analyse exhaustive d'une organisation qui porte à la fois sur le contrat, les comptes de tiers, la trésorerie et le système informatisé, mais avec un angle d'attaque différent de celui qui est habituellement adopté. Il s'agit d'une analyse transversale de l'ensemble des opérations qui suscitent des interrogations.

UNE ANALYSE SYSTÉMATIQUE DEVRA ENSUITE PORTER SUR LES MÊMES ÉLÉMENTS

Alors que l'analyse précédente conduit, pour chacun des processus comptables d'une organisation, à expliciter les montages frauduleux les plus courants, l'analyse systématique proposée à ce stade s'efforce, pour ces mêmes processus comptables, de dégager des axes de recherche approfondis.

Il est important de souligner que cette démarche est susceptible de s'appliquer aussi bien au stade de l'investigation, donc de la recherche de la preuve de la fraude qu'à celui de la prévention, en amont des montages frauduleux. Pour l'enquêteur, le non-respect de certaines bonnes pratiques révélera en creux une probabilité élevée de pratiques frauduleuses.

À l'inverse, dans une optique de prévention, ces bonnes pratiques sont destinées à prévenir les montages frauduleux au moyen de dispositifs de contrôle interne solides, adaptés au format et aux enjeux de l'entreprise ou de l'organisation en place, à ses objectifs et à ses moyens.

La définition et l'installation de ces dispositifs de contrôle interne dans chaque organisation sont par essence propres à chaque entreprise. Il faut s'en tenir aux « bonnes pratiques de contrôle interne » décrites dans de multiples ouvrages[3] qui visent toutes à guider, en termes très génériques, la mise en place de modalités de fonctionnement saines et sécurisées au sein des processus d'activité majeurs des entreprises.

La fraude naît d'une défaillance ou d'un contournement du contrôle interne. Préalablement à la recherche et à l'analyse d'indicateurs de présence de fraude, une démarche rationnelle consiste à vérifier si les dispositifs de contrôle interne mis en place au sein de l'organisation sont efficients. Pour l'enquêteur, ces vérifications sont un préalable obligatoire avant la traque de l'existence d'anomalies ou d'atypismes caractéristiques des montages frauduleux.

3. Olivier LEMANT et Pierre SCHICK, *Guide du self audit*, Paris, Éditions IFACI.

Les vérifications à effectuer au stade du processus de réalisation de la commande (achats / fournisseurs)

Schéma de fraude	Procédés de fraude	Points à vérifier
1. Fausses factures Fournisseur fictif : – créer un faux fournisseur dans une commande publique – réactiver un ancien fournisseur, déjà existant (pour des travaux hors appel d'offres ou dans les satellites)	– créer une société fictive de type SARL – ouvrir un compte bancaire – créer toute la documentation fictive et l'insérer dans le circuit de paiement	– rechercher dans le système les fournisseurs : * qui ne figurent pas dans le fichier ; * dont l'adresse correspond à celle d'employés ; * dont l'adresse est suspecte ou atypique ; * qui sont « réactivés » ; * dont le montant dépasse largement le paiement moyen ; * à des personnes et non des sociétés dont la forme n'est pas « SA », « SARL », « SAS », « EURL » ; – rechercher les fournisseurs dont le RIB (ou l'adresse) a été modifié ; – effectuer un tri par date d'entrée des informations dans le système ; – effectuer un tri par numéro de facture fournisseur : si résultat de type séquentiel, cela signifie que le fournisseur n'a qu'un seul client => forte probabilité d'être l'auteur de fausses factures ; – déterminer à partir de l'historique des achats ceux qui ont été effectués directement par un collaborateur hors du service Achats ; – déterminer à partir de l'historique des achats ceux qui ont été effectués sans demande d'achat ; – rechercher des factures sans bon de livraison ; – procéder à la confirmation directe d'un certain nombre de comptes individuels sélectionnés sur les plus gros mouvements créditeurs de la période et les soldes débiteurs significatifs.
2. Documents factices Créer un faux document : scanne, photocopie (plutôt dans les satellites)	– créer une facture ou intégrer une fausse information de ce type dans un fichier (inférieur au seuil de significativité) – lancer le système comptable – générer le paiement	– rechercher les factures en doublon : portant les mêmes références, les mêmes montants ou provenant du même fournisseur – rechercher les doublons dans les RIB des fournisseurs (plusieurs fournisseurs payés sur le même compte)

3. Faire payer une facture en double (plutôt dans les satellites)	Réutiliser la documentation d'une facture réelle et la remettre dans le circuit de paiement afin de récupérer le paiement en double en : – interceptant le paiement avant qu'il ne parte chez le fournisseur ; – appelant le fournisseur pour que, sous prétexte d'erreur, il renvoie le chèque directement au fraudeur ; –...	– identifier les factures payées sur la base de duplicata et analyser les raisons pour lesquelles le paiement a été réalisé sur cette base – analyser les variations atypiques de poste de charges par fournisseur ou par service – analyser les hausses atypiques du coût d'achats des articles – rechercher les doublons sur le montant, la date, le code du fournisseur ou sur le bon de commande – extraire toutes les factures de même date et de même montant et les analyser pour identifier d'éventuels doublons – identifier les écritures en rapprochement bancaire pour analyser leur nombre et leur ancienneté
4. Détourner le paiement (dans les satellites)	– modifier le RIB du fournisseur dans l'application comptable – dans le cadre des virements Etebac 3, modifier le RIB après l'édition de la proposition de virement papier, mais avant la génération du fichier de virements définitifs – dans le cadre des virements Etebac 3, modification du fichier de virements sur le réseau	– rechercher les RIB fournisseurs ayant été modifiés dans les applications – contrôler à un instant « t » par sondage que les RIB présents dans le logiciel comptable correspondent bien à ceux émis par le fournisseur – rechercher les doublons sur les RIB dans les bases tiers (fournisseurs, clients, salariées, actionnaires...) – analyser les relances des fournisseurs n'ayant pas reçu de paiement
5. Virer manuellement des fonds sur le RIB du fraudeur	– la destination du virement n'est pas la même que celle figurant sur la documentation	– analyser les doublons entre les RIB fournisseurs – effectuer une revue des virements manuels – analyser les relances des fournisseurs n'ayant pas reçu de paiement
6. Falsification des moyens de paiement (plutôt dans les satellites)	– réaliser un paiement non justifié *via* un chèque (en imitant une signature) ou *via* un faux virement (généralement en faveur d'une banque étrangère) en dissimulant l'opération dans les comptes de TVA déductible, les comptes fournisseurs non surveillés, les comptes de charges, les comptes intragroupe...	– revoir les comptes fournisseurs non justifiés – analyser les doublons de paiement – effectuer des tests de séquence sur les numéros de chèque – récapituler les comptes bancaires inscrits dans le fichier fournisseur, et pister si différents fournisseurs ont le même compte bancaire, ou si le même fournisseur a plusieurs comptes bancaires – procéder à des circularisations sur tous les types de montants et analyser les comptes susceptibles de dissimuler le paiement frauduleux

7. Surfacturation : Créer un circuit de surfacturation en manipulant le marché	– entente entre fraudeur et fournisseur pour majorer les prix de certains achats ; – détournement de la procédure d'appel d'offres à l'avantage du fraudeur en : * organisant la présélection des candidats à l'appel d'offres restreint en leur imposant le versement « préalable d'un droit d'entrée » ; * utilisant des critères de sélection subjectifs afin de laisser au décideur une marge d'appréciation élevée et d'éliminer des concurrents dangereux ou de guider la sélection de l'entreprise.	– analyser l'augmentation anormale du prix des produits (par code produit, par période, par agence) – identifier les écarts entre les bons de commandes et les factures et analyser le détail des pièces correspondantes – pister les cas de dépassement de délai, de budget, de qualité peu convaincante de la prestation
8. Conflit d'intérêts : – achat non engagé dans l'intérêt de l'entreprise ; – effectuer des transactions avec un fournisseur « complice » du fraudeur ; – effectuer des transactions avec des fournisseurs « black listés » ; – payer des commissions illégitimes.	– entente avec un fournisseur, pas forcément le plus intéressant pour la société, de manière à en tirer un avantage personnel – entente avec un fournisseur avec lequel la société ne veut plus travailler (pour des motifs d'antériorité de fraude, de collusion avec du personnel, de mauvaise qualité de la prestation), de manière à en tirer un avantage personnel	– détecter les achats toujours effectués auprès du même fournisseur qui remporte systématiquement les marchés – détecter les achats effectués auprès de fournisseurs « black listés » – examiner de façon indépendante toutes les offres uniques – « benchmarquer » les coûts – rechercher les paiements à des fournisseurs non approuvés par la société
9. Achats non engagés dans l'intérêt de l'organisation : – comptabiliser dans les charges des achats personnels ; – gonfler les achats (plutôt dans les satellites).	– achat réalisé personnellement puis facture falsifiée afin de la faire payer par l'entreprise – utilisation du circuit normal de commande de l'entreprise mais récupération par ailleurs des biens – achat effectué par un salarié, qui n'est pas un acheteur, pour son compte propre – acheter en masse (au-delà des besoins réels) afin de faire bénéficier au fournisseur complice des bonus sur l'opération de vente	– rechercher des achats fractionnés, inférieurs aux seuils d'approbation, pour une même opération – rechercher les achats non effectués par un acheteur – pister les factures sans bon de livraison (si détournement du bien avant livraison) – analyser les cas de dépassement systématique et important des coûts par rapport au budget – analyser les quantités en stock supérieures au niveau moyen, supérieures à la normale

Les vérifications à effectuer au sein du processus ventes / clients pour les satellites en particulier les structures liées aux collectivités qui commercent)

Schéma de fraude	Procédés de fraude	Points à vérifier
1. Document factice ou falsifié : créer de fausses commandes ou des commandes falsifiées	– créer des commandes fausses générant un commissionnement non justifié – établir une commande avec des éléments différents de ceux autorisés, avec des remises supérieures à celles autorisées...	– augmentation des produits à l'inverse de la tendance générale. – problème de retours et de livraisons Tests à effectuer : – contrôler les retours ; – suivre la trésorerie ; – revoir le processus de ventes, depuis le bon de commande jusqu'au contrôle de la livraison, pour identifier les lacunes en termes de séparation des fonctions.
2. Détournement de paiement : détourner des encaissements clients détournement de paiement	– intercepter un chèque client et dissimuler la disparition au moyen du « lapping » – générer un flux d'espèces utilisable sans contrôle. – réaliser des ventes (réelles ou fictives) sans facture.	– écarts entre les écritures d'encaissement et les bordereaux de remise – réclamations effectuées par les clients Tests à effectuer : – procéder à des relances (bon contrôle interne) ; – comparer les délais client par client ; – circulariser les comptes clients ; – examiner les comptes clients présentant des écritures d'ajustement ; – analyser les réclamations clients ; – comparer les écritures d'encaissement avec les bordereaux de remise (écarts en cas de « lapping »).
3. Collusion	utiliser sa position dans l'entreprise	– présence de sociétés écrans – constat de pertes, de non-respect des délais de paiement, litiges constants – avoirs à répétition – facilités de paiement avec certains clients peu fiables – courtiers étranges Tests à effectuer : – reprendre chacun de ces points et développer une analyse approfondie sur chacun de ces points

Les vérifications à effectuer au sein du processus personnel (voir le paragraphe suivant : contrôles informatisés pour le cadrage entre agents publics et agents privés)

Schéma de fraude	Procédés de fraude	Indicateurs de fraude à tester
1. Salarié fictif facile dans les satellites dans lesquels la réglementation est légère	rajouter un salarié fictif dans la base	– analyser le suivi des congés payés pour identifier les éventuelles absences de congés de certains salariés – analyser les pointages => identifier les salariés ne « badgeant » pas – analyser l'extraction des salariés avec le même nom, la même adresse, le même compte bancaire... – détecter l'augmentation des frais de personnel ou de paiements par chèques ou par caisse – détecter la multiplication et la récurrence des régularisations sur charges sociales
2. Poursuivre le paiement d'un ex-salarié alors qu'il a quitté la structure (agent de droit privé)	– poursuivre le paiement après le départ – changer le RIB au moment du départ ou du décès du salarié	– idem
3. Primes et rémunérations variables non justifiées : collusions dans tout secteur	manipuler les primes versées	– analyser les postes de commissions : Recherche de commissions ou primes élevées au regard des objectifs (ex. : commission non liée à une augmentation des ventes) ou des collaborateurs bénéficiant des mêmes conditions de rémunération – analyser la réalité de la prestation, l'existence de la documentation, etc.
4. Paiement irrégulier : – paiement non justifiés – montage lié aux contrats de formation – fraude sur les suppléments de salaire (plutôt dans les satellites)	– paiement d'heures de travail non effectuées – paiement à des taux non adaptés et non autorisés – paiement de payes fictives ou de primes de licenciement non justifiées – paiement de prestations sociales non autorisées ou irrégulières	– analyser de façon systématique et comparative les heures payées et les fiches de présence – analyser les divergences entre les situations et les payes
5. Remboursement de frais	– majorations des remboursements – remboursement de frais personnels	– identifier les dépenses non justifiées – détecter les relevés de frais « gonflés », les dépenses fictives et les remboursements multiples, avec remontée aux pièces justificatives

Les vérifications à effectuer au sein du processus trésorerie d'un satellite effectuant des opérations de commerce

Schéma de fraude	Procédés de fraude	Indicateurs de fraude à tester
1. Schéma off book	prélèvement d'argent dans la caisse sans enregistrement	– rechercher les opérations d'ajustement le soir, à la fermeture, le week-end... – rechercher les opérations douteuses *via* l'examen des états de caisse détaillés – rechercher l'existence d'avoirs, de vols, de retours – rechercher les opérations diverses modifiant les stocks
2. Schéma on book	enregistrement d'une vente puis enregistrement d'un avoir, d'une remise, d'un remboursement	– rechercher les suspens anciens dans les rapprochements bancaires – vérifier, dans les périodes du type congés, que la personne qui reçoit les moyens de paiement n'est pas celle qui a accès aux comptes clients ou aux comptes bancaires – rechercher les chèques manquants dans la séquence de chèques – rechercher les comptes dormants – analyser de façon pointue les copies et méls transmis en justification de demandes suite à des erreurs – analyser les sommes en rapprochement bancaire sur le dernier mois par rapport au dénouement le mois suivant – passer en revue les 12 états mensuels de rapprochement, surtout sur les comptes dormants ou les comptes peu mouvementés – vérifier les contrôles de totalisation, même sur les états informatiques
3. Manipulations personnelles : prélever ponctuellement des fonds pour en tirer des intérêts financiers	jouer sur les dates de valeur pour placer les sommes détournées sur un compte bancaire qui génère des intérêts, puis reverser la somme due au tiers	– rechercher des comptes de transit – obtenir les conditions des virements appliquées (dates de valeurs...) par les banques de l'entreprise – obtenir les contrats liant l'entreprise à ses banques – effectuer des analyses sur les montants importants – vérifier si le logiciel intègre des alertes à la fois sur les soldes et sur les montants – vérifier si les pièces justificatives des opérations enregistrées ne présentent pas de caractéristiques de faux – vérifier la séparation des fonctions en période de congés (transfert d'habilitations, etc.) et la prise régulière de congés des personnels intervenant sur les opérations de trésorerie

LE PASSAGE VERS L'INVESTIGATION PÉNALE

LES LIMITES AU POUVOIR D'INVESTIGATION DES DÉCIDEURS PUBLICS

Il est patent que le décideur public ne se trouve pas, compte tenu à la fois des moyens dont il dispose et, surtout, en raison des limites qui s'imposent à lui (comme à tout citoyen, malgré quelques exceptions notables comme le fait d'appréhender l'auteur d'un délit en flagrant délit pour le strict temps nécessaire à sa remise aux autorités judiciaires compétentes), le plus souvent (sauf aveu de l'auteur présumé des opérations frauduleuses), en mesure d'apporter la preuve de l'infraction.

Il n'est pas inutile de rappeler, à titre liminaire, les dispositions de l'article 9-1 du Code civil, qui pose le « droit au respect de la présomption d'innocence », principe supérieur à la liberté d'expression à laquelle il s'oppose et qu'il tend à limiter. Cela signifie que le décideur doit se garder de toute présentation publique (conférence de presse, interview à divers médias...), comme coupable, d'une personne faisant l'objet d'une enquête ou d'une information judiciaire (seule une condamnation pénale devenue irrévocable fait disparaître la présomption d'innocence). Si aucune enquête ou information judiciaire n'est en cours, l'autorité publique pourra se voir reprocher des faits constitutifs de diffamation – outre son exposition éventuelle à des réparations civiles, sous forme de dommages – intérêts destinés à compenser le préjudice subi de la part de la personne injustement accusée de fraude.

Les articles 226-1 et 226-15 du Code pénal instituent une protection individuelle contre toute atteinte à l'intimité de la vie privée et le secret des correspondances.

Si les résultats des investigations sont pertinents, ils peuvent être utilisés de deux manières.

Sur un plan préventif, ils vont offrir la possibilité au décideur public de réorganiser son service, d'élaborer un code de déontologie, d'augmenter les quotas d'heures de formation initiale ou continue du personnel, de mettre en place des modalités régulières de contrôle interne, de solliciter un audit...

Mais, une lutte efficace contre la fraude ne peut se résumer à une simple gestion préventive. Pour une lutte complète et crédible il est aussi nécessaire de mettre en action l'aspect répressif dès lors que les faits découverts sont susceptibles de revêtir une coloration pénale ou qu'il

existe des présomptions ou indices pouvant constituer raisonnablement une infraction pénale.

La saisine des autorités judiciaires compétentes n'est pas exclusive des poursuites disciplinaires qui peuvent être engagées à l'encontre de l'agent public défaillant. Les deux procédures sont indépendantes et n'ont pas le même objet. Un même fait fautif peut constituer une faute disciplinaire sans revêtir un caractère pénal.

S'il peut être tentant pour un décideur public de se taire ou de vouloir «étouffer» l'affaire, par crainte, notamment, du risque de discrédit et de déconsidération attaché à la révélation des faits frauduleux, une telle attitude peut rapidement s'avérer contre-productive en laissant penser aux personnels d'exécution et de direction de la structure que des faits graves peuvent rester sans conséquence. Toute politique de prévention, envisagée ou déjà mise en place, peut ainsi être ruinée.

De surcroît, en agissant ainsi, le décideur public se met en infraction avec les dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale qui dispose, dans son alinéa 2 que «toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs».

Il est utile de rappeler que le signalement ainsi opéré n'exige pas que la preuve d'une infraction pénale soit rapportée, cette tâche incombant en effet à la juridiction éventuellement saisie. Il suffit simplement, à ce stade, de soupçonner la possibilité (la plausibilité) de la commission d'une infraction pénale.

En se conformant ainsi à la loi, l'autorité publique va permettre de prolonger les premières investigations administratives grâce à l'utilisation de pouvoirs spécifiques contenus dans le Code de procédure pénale et dévolus au procureur de la République, aux officiers de police judiciaire ainsi qu'au juge d'instruction (si la complexité de l'affaire justifie l'ouverture d'une information judiciaire).

Même si l'information du procureur de la République peut se faire par tout moyen (courrier, communication téléphonique), l'écrit doit être privilégié. À l'appui de la transmission doivent être transmis tous les éléments pertinents recueillis lors de la phase d'investigation administrative, les procès-verbaux (en particuliers ceux établis par les corps d'inspections ou de contrôle habilités par la loi à constater certaines infractions pénales).

Seront aussi utilement communiqués les documents légalement recueillis issus des systèmes de traitement automatisé des données (ou

STAD). Il s'agit de « tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoire, de logiciels, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons qui concourent à un résultat déterminé ».

Ces éléments ne constituent encore à ce stade que de simples indices sur la base desquels l'enquête judiciaire pourra débuter. Il appartiendra aux enquêteurs et aux magistrats de rechercher la vérité objective des faits. Si l'enquête met en évidence l'existence de charges et présomptions importantes de commission d'une ou plusieurs infraction(s) il appartiendra au bout de la chaîne, à la juridiction de jugement de se prononcer sur la culpabilité.

LES POUVOIRS SPÉCIFIQUES D'INVESTIGATIONS DE LA POLICE JUDICIAIRE ET DES MAGISTRATS

La transmission d'un dossier au procureur de la République va pouvoir déclencher la mise en mouvement de l'action publique et ouvrir des possibilités d'enquête beaucoup plus approfondies, exception faite de certaines hypothèses, limitativement énumérées, qui lient cette mise en mouvement à l'existence d'une autorisation préalable. C'est le cas des poursuites pénales à l'encontre d'un membre du Parlement qui ne peuvent être diligentées qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée concernée, sauf au cas de crime ou de délit flagrant.

Si les faits sont suffisamment probants, une enquête pénale va être ouverte et permettra d'une part d'approfondir la connaissance des actes effectués par la personne membre de l'autorité publique « suspectée », du contexte et, d'autre part, d'accéder aux comportements d'autres personnes qui peuvent avoir joué un rôle dans le comportement fautif.

En particulier, si les faits rapportés concernent des marchés publics, l'enquête pénale va permettre d'accéder aux sociétés, personnes morales avec lesquelles la personne publique est en relation ainsi qu'avec les personnes physiques qui les représentent. L'accès aux comptabilités et aux mouvements bancaires tant des personnes publiques que privées pourra s'avérer essentiel et seules des personnes détentrices de pouvoirs de police judiciaire peuvent effectuer certaines recherches indispensables en l'espèce.

Les éléments découverts donneront ainsi au procureur la possibilité de savoir qu'elle est l'attitude à adopter. En effet, il détient le pouvoir de l'opportunité des poursuites qui lui permet (en application de l'article 40-1 CPP) soit d'engager des poursuites, soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, soit de classer sans suite la procé-

dure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

S'agissant de la phase d'investigations policières, la recherche des preuves est secrète et non contradictoire.

Pour enquêter, la police judiciaire peut :
- interroger la personne concernée ;
- convoquer des témoins ;
- effectuer des constatations matérielles en se rendant sur les lieux, en procédant à des saisies et perquisitions ;
- faire procéder à des écoutes téléphoniques (après autorisation du juge des libertés et de la détention) ainsi qu'à des expertises ;
- placer des personnes en garde à vue.

Tous ces actes sont bien entendus strictement encadrés par des dispositions du Code de procédure pénale et prescrits à peine de nullité.

À l'issue de cette phase, différentes possibilités s'offrent au procureur de la République.

Il peut procéder à un classement sans suite. Il s'agit d'une simple mesure d'opportunité qui n'éteint pas l'action publique, sauf prescription. Si de nouveaux éléments apparaissent, des poursuites pourront être ordonnées.

Si des éléments probants apparaissent au terme de l'enquête, le procureur a la faculté de citer directement (par acte d'huissier) la personne à comparaître devant la juridiction de jugement ou demander aux officiers de police judiciaire de convoquer la personne soupçonnée devant la juridiction à une date fixée par lui.

Si cette phase démontre que l'affaire est d'une particulière complexité, il peut aussi saisir un juge d'instruction, cette saisine étant obligatoire s'il s'agit d'un crime.

Au cours de cette nouvelle phase, la recherche des preuves pourra encore être secrète et non contradictoire mais d'une manière moindre. Il faut rappeler que le juge d'instruction ne peut instruire que sur le fait délictueux visé dans le réquisitoire ou la plainte avec constitution de partie civile (si les conditions fixées par l'article 85 du CPP et entrées en vigueur à compter du 1er juillet 2007 sont réunies).

Dans la recherche des preuves, le juge d'instruction procède « à tous actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».

Le ministère public dispose d'un droit de regard sur le déroulement de l'instruction, tout comme les parties en cause, qu'il s'agisse de la

personne mise en examen ou partie civile, même si leurs pouvoirs ne sont pas identiques.

Il leur est notamment possible de solliciter l'annulation d'actes ou de demander à ce que le juge d'instruction en effectue certains, comme par exemple, solliciter une expertise, entendre un témoin, organiser une confrontation, un transport sur les lieux... En cas de refus, un appel est possible devant la Chambre de l'instruction de la cour d'appel.

Pour effectuer son enquête, le magistrat instructeur peut délivrer des mandats tels que le mandat de comparution, le mandat de recherche, le mandat d'amener et le mandat d'arrêt. S'il veut décerner un mandat de dépôt à l'encontre d'une personne, il doit, depuis la loi du 15 juin 2000, solliciter le juge des libertés et de la détention. Seul ce magistrat dispose de la faculté de placer la personne mise en examen sous mandat de dépôt.

S'agissant de l'exercice de ses pouvoirs d'investigation, le juge d'instruction peut les exercer lui-même ou les déléguer à certaines personnes limitativement énumérées par le Code de procédure pénale. Cette délégation s'opérera au moyen de commissions rogatoires.

À l'issue de l'instruction, le juge d'instruction pourra soit prendre une ordonnance de non-lieu, s'il estime qu'il y a lieu d'arrêter là l'action publique, soit une ordonnance de renvoi devant la juridiction compétente qui, en dernier lieu, aura à statuer sur la culpabilité de la personne visée par la procédure.

Le secteur des marchés publics est un des plus risqués en matière de corruption et divers manquements à la probité. Beaucoup d'argent est en jeu, les procédures sont complexes et de nombreuses personnes, tant physiques que morales, sont concernées.

Une lutte efficace contre la fraude nécessite la mise en place de mesures de prévention efficaces complétées par des mesures répressives. Le droit français possède un arsenal juridique répressif précis et adapté et la procédure pénale permet à la fois de faire des enquêtes approfondies tout en garantissant le respect des droits fondamentaux des personnes concernées.

Le recours à ce que la loi offre de plus efficace, tant pour la prévention (contrôle interne, audit, code de déontologie...) que pour la répression constitue, pour le décideur public, le meilleur moyen de démontrer sa volonté d'évoluer dans le respect scrupuleux de l'État de droit.

CAS	QUESTIONS Les interrogations préalables	QUE FAIRE Les axes de recherche	INVESTIGATIONS Les moyens techniques utilisables	VALORISATION DES PREUVES ET INDICES Utilité des résultats pour le procès pénal
Résumer le cas qui suscite l'enquête	• Quel type de délit a été commis ?	• Déterminer les éléments caractéristiques du délit : détournement de fonds par le fonctionnaire, corruption externe pour faveurs, type de corruption • Déterminer le préjudice pour l'administration	Réaliser les investigations policières classiques (recherches, expertises comptables et financières, auditions de témoins, interrogatoires, analyses) : • Recherches d'indices et preuves directes, indirects, visuelles, documentaires, analytiques (référentiels de comparaison de comportements, production d'activité professionnelle, décisions administratives, croisements et analyses de données, ciblage sur fonctionnaires suspects, analyses financières et patrimoniales sur suspects) Éventuellement utilisation de techniques spéciales : • Surveillance assistée (micro, vidéo, photos) • Filatures • Infiltration d'un agent informateur dans l'administration concernée • Incitation à témoigner pour d'éventuels suspects Éventuellement évaluation d'intégrité (incitation contrôlée de corruption) Saisies de documents, blocages de comptes bancaires et actifs personnels, mises en détention provisoire des mis en cause	• Établir la qualification pénale en fonction des éléments caractéristiques du délit (peut éventuellement changer au final de l'enquête) • Établir et mettre en relief les éléments découverts, preuves et indices qui vont permettre de soutenir l'accusation dans le procès pénal • Déterminer pour chaque preuve et élément, la possibilité pour la défense de l'accusé, de mettre en doute. • Établir une échelle de valeur des preuves et éléments en fonction de leur importance pour l'accusation. • Établir le préjudice subi par l'administration et/ou le montant de la corruption

	QUI ? • Sous les ordres de qui ? • Au profit de qui ? • Avec qui ?	• Rechercher si le fonctionnaire a agi seul ou en réseau criminel • Rechercher si le fonctionnaire a agi pour son compte ou pour le compte d'autres personnes • Établir son intention frauduleuse		
	QUAND ?	• Déterminer la période de fraude ou de la corruption • Rechercher si la fraude est unique ou continue		
	COMMENT ?	• Rechercher les techniques et méthodes utilisées pour la réalisation de la fraude ou la corruption		
	OU ?	• Déterminer le circuit de la fraude, et ses différents lieux de réalisation (interne à l'administration – externe)		
	POURQUOI ?	• Quelle a été la motivation de la fraude ou de la corruption • Pourquoi finalement la fraude a-t-elle pu se commettre • Déterminer les profils de risques applicables au service administratif • Y a-t-il eu des cas similaires avant ? • Quelles sont les faiblesses du secteur administratif face à ce type de fraude • Quelles sont les mesures de contrôle pour éviter la fraude ou la corruption dans ce service administratif		

ANNEXE

Type de tableau qui peut être décliné dans un tableur pour faciliter l'analyse dans les petites collectivités :

Tableau de révision des opérations pouvant être mis en place

Marché	Révision	Points à vérifier
Type de marché : Hors appel d'offres	– Expression du besoin (pilotage, étude) – Date de la délibération – Fournisseur bénéficiaire – Montant figurant dans les documents – Montants définitifs	– Évaluation préalable – Existence d'une subvention – Modalité de financement – Nombre de marchés obtenus par cette société dans la collectivité – Nombre de marchés obtenus par cette société dans les satellites – Nombre de marchés obtenus par cette société dans les structures liées – Sous-traitance – Qualité de la prestation – Avenants – Analyse des écarts
Type de marché : Marché encadré	– Expression du besoin (pilotage, étude) – Date de la délibération fournisseur bénéficiaire – Date de publication des avis – Réception des propositions (nombre, valeurs proposées, récurrence de propositions de couverture) – Ouverture des offres, personnes présentes, personnes qui se sont retirées (intérêt) – notification aux sociétés retenues – Notifications aux sociétés non retenues (débriefing)	– Évaluation préalable – Existence d'une subvention – Modalité de financement – Nombre de marchés obtenus par cette société dans la collectivité – Nombre de marchés obtenus par cette société dans les satellites – Nombre de marchés obtenus par cette société dans les structures liées – Sous-traitance – Qualité de la prestation – Avenants – Analyse des écarts

PRÉCONISATIONS

– informer sur le conflit d'intérêts, souvent inévitables dans des situations de proximité contrainte (villes petites ou moyennes);
– sensibiliser les élus au dépôt de plainte (à quel moment intervient-il, dans quelles conditions de forme...?);
– permettre aux particuliers de saisir directement le SCPC;
– allégement des formalités de recours des citoyens contre les élus en cas de soupçon de corruption.

Chapitre VIII

LA SAISIE DES AVOIRS CRIMINELS EN FRANCE

CONSTAT ET PERSPECTIVES

La problématique de la saisie des avoirs criminels se pose avec acuité et demeure d'actualité avec d'une part la mise en place le 18 décembre 2008 des 27 Assets Recovery Office (ARO) au sein de l'Union européenne, le réexamen par le G20 de la liste des paradis fiscaux et l'étude d'une proposition de loi sur le recouvrement des avoirs criminels. Les instances internationales (ONU, Conseil de l'Europe...) mais également les cénacles professionnels (professions du droit, banque, etc.), observent avec intérêt les nouvelles obligations légales ainsi que les comportements préconisés.

Les conventions internationales ratifiées par la France contiennent des dispositions concernant le gel et la saisie des avoirs :

– la convention des Nations unies contre la corruption, dite convention de Merida, adoptée à New York le 31 octobre 2003, objet du décret 2006-1113 du 4 septembre 2006, confirmait un arsenal de mesures contre le blanchiment, et envisageait le gel, la saisie et la confiscation (article 31), la réparation du préjudice (article 35), la création d'autorités spécialisées (article 36) et la coopération nationale et internationale ;
– la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption signée à Strasbourg le 27 janvier 1999 traite également du sujet (article 23 et suivants) ;
– de même que la convention de l'OCDE conclue à Paris le 17 décembre 1997 (article 3).

La mise en place de la troisième directive européenne en France avec son cortège de modifications législatives et le besoin prégnant de moralisation de la vie financière, accentué par l'amélioration de la prise en compte de la victime au plan pénal, suscitent un regain d'intérêt pour ces saisies et confiscations.

Enfin, l'Assemblée nationale étudie actuellement une proposition de loi visant à améliorer ou simplifier les dispositifs existants.

Après avoir examiné les structures concernées par les saisies et confiscations, l'aspect juridique sera abordé. Le bilan de ces mesures, et les perspectives d'amélioration du dispositif concluront cette contribution.

EXPOSÉ DE LA PROBLÉMATIQUE

Les organisations criminelles ont depuis fort longtemps réinvesti le produit de leur activité délictueuse dans l'économie « normale » sous différentes formes, soit pour blanchir ces capitaux, soit pour en tirer des revenus substantiels, voire les deux, possibilités.

Toutes les infractions de droit commun peuvent être concernées, la corruption, le proxénétisme, le trafic de stupéfiants, le vol et bien d'autres encore.

Pendant longtemps, le système pénal français était organisé sur une répression, axée essentiellement sur la privation de la liberté, tandis que les peines complémentaires ou condamnations civiles étaient peu employées.

L'accroissement de la prise en compte dans le débat pénal de la victime, que celle-ci soit un particulier, une personne morale ou l'État, a amené une réflexion qui a abouti à l'élaboration de textes inscrivant la saisie et la confiscation dans notre code. En effet, il paraît amoral que le délinquant puisse jouir de biens acquis frauduleusement ou qui constituent le produit direct de l'infraction. L'acquisition de ces biens sur la base de ressources illégales constitue le socle du blanchiment.

Les textes, objets d'un paragraphe *infra*, encore peu appliqués il y a quelques années, parce que méconnus ou complexes à mettre en œuvre, tendent à être de plus en plus utilisés, au regard de l'ampleur des montants financiers détournés ou acquis frauduleusement. La création des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) a participé au mouvement de prise en compte de ces nouvelles possibilités à l'encontre des biens des délinquants.

Il est de fait que la confiscation est une sanction patrimoniale efficace marquant durablement l'esprit du délinquant ou du public.

Deux possibilités sont offertes aux magistrats : la saisie et les mesures conservatoires. Les saisies concernent tous les biens en lien avec les faits, ou ayant servi à commettre les faits, véhicules, bien immobiliers, ou les profits provenant de la commission de l'infraction.

La loi Perben II, ou plus précisément la « loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité », est essentiellement destinée à lutter contre la « délinquance » et la criminalité organisée.

Dans le domaine qui nous intéresse aujourd'hui, elle a accru les possibilités de mesures conservatoires pour les infractions les plus graves, dites de criminalité organisée.

En cas d'information ouverte pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes et l'exécution de la confiscation, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen.

La condamnation vaut validation des saisies conservatoires et permet l'inscription définitive des sûretés.

La décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement emporte de plein droit, aux frais du Trésor, mainlevée des mesures ordonnées. Il en est de même en cas d'extinction de l'action publique et de l'action civile.

Pour l'application des dispositions du présent article, le juge des libertés et de la détention est compétent sur l'ensemble du territoire national.

Ce texte constitue donc une avancée certaine dans la saisie et confiscation des biens ; cependant, sa portée reste encore relativement limitée.

LES STRUCTURES EN PLACE

Si les saisies et confiscations peuvent être opérées par tout magistrat ou service de Police dans le respect des normes juridiques, un service central spécialisé au sein de la Police Judiciaire a été créé par une circulaire interministérielle du 15 mai 2007. Il s'agit de la Plate-forme d'identification des avoirs criminels ou PIAC. Ce service est rattaché au ministère de l'Intérieur. La PIAC fait partie intégrante de l'Office central de répression de la grande délinquance financière.

Ce service est dirigé par un commandant de police assisté d'un capitaine de gendarmerie. Il se compose de cinq fonctionnaires de Police et de cinq sous-officiers de Gendarmerie.

Son rôle est le suivant :

- centraliser, recouper et redistribuer l'information (art. D. 8 CPP) ;
- apporter un complément d'enquête aux investigations traditionnelles ;
- diligenter l'initiative des enquêtes.

Au titre de son objectif, demeure la saisie des avoirs criminels. De ses missions figure également la participation au réseau CARIN

(Camden Assets Recovery Inter-Agency Network) qui implique 46 pays et six organisations ayant pour objet :

- l'échange d'informations opérationnelles et techniques (préparation des commissions rogatoires internationales délivrées par les juges d'instruction) ;
- l'alimentation d'une base documentaire par pays (site web) ;
- le conseil aux organisations internationales.

Ces missions s'insèrent évidemment dans le cadre de l'organisation INTERPOL dont le siège se situe à LYON 69 et qui comprend 184 pays dont 105 sont reliés en permanence sur un réseau indépendant pour plus de réactivité.

Le bilan 2008 de la PIAC

Les concours en relation avec les pays étrangers

Une demande de concours peut faire l'objet de plusieurs échanges et concerner un ou plusieurs pays.

Demandes provenant de l'étranger – Année 2008	
pays	**total**
République tchèque	1
Jersey	3
Allemagne	3
Belgique	22
Pays-Bas	10
Royaume-Uni	9
Algérie	1
Italie	1
Autriche	1
Danemark	2
Monaco	1
Suisse	2
Cameroun	7
Total des échanges : 63	

Dont 46 demandes par le réseau CARIN.

Les nombreux échanges avec la Belgique s'expliquent par les excellents rapports entretenus par la PIAC avec les personnels de l'OCDEFO institutionnels.

Plusieurs échanges ont également eu lieu avec le Royaume-Uni qui ont conduit cette année à un meilleur partage des informations.

Demandes vers l'étranger – année 2008			
pays	**total**	**pays**	**total**
Albanie	1	Mexique	2
Algérie	2	Moldavie	3
Allemagne	6	Pays-Bas	1
Belgique	14	Pérou	1
Brésil	1	Pologne	1
Bulgarie	3	Portugal	7
Chili	1	Roumanie	1
Chine	1	Royaume-Uni	5
Colombie	1	Slovaquie	1
Congo	2	Suisse	4
Cote-d'Ivoire	1	Thaïlande	1
Équateur	1	Turquie	2
Espagne	17	Vietnam	1
États-Unis	1		
Grèce	2		
Irlande	2		
Italie	4		
Luxembourg	1		
Macédoine	1		
Madagascar	3		
Maroc	8		
			Total des échanges : 103

Dont 20 demandes par le réseau CARIN.

Les tableaux d'analyse

Le total des avoirs criminels appréhendés représente pour 2008 la somme de 93 870 182 euros.

La PIAC, en cosaisine avec les services, a apporté une contribution chiffrée à 3 454 528 euros pour les saisies pénales et 6 890 267 euros pour les mesures conservatoires mises en œuvre au titre de l'article 706-103 du Code de procédure pénale, soit un total de 10 344 795 euros.

Comparaison annuelle des saisies et mesures conservatoires :

	Année 2005	Année 2006	Année 2007	Année 2008
Les saisies pénales :				
Immeubles	11 280 000	13 461 750	14 569 597	11 200 880
Bateau	378 000	9 225 000	1 360 500	831 389
Bijoux	428 858	452 672	1 227 269	1 738 325
Compte bancaire	11 814 117	16 359 186	8 763 026	12 211 002
Numéraire	16 960 459	21 426 944	17 768 635	18 067 666
Véhicule	4 515 300	5 003 083	4 577 027	10 870 497
Autres (vêtements...)	5 498 632	5 279 413	1 305 301	35 568 877

Parts de société	300 000	150 000	0	487 916
Aéronef	110 000	195 000	0	900 000
Hi-fi/vidéo/électroménager...		222 854	252 402	1 370 763
Fonds de commerce		0	0	622 867
Total	51 285 366	71 775 903	49 823 757	93 870 182
Contribution PIAC	–	12 544 406	6 195 367	3 454 528
Les mesures conservatoires :				
Total	–	120 000	5 715 935	6 890 267
Contribution PIAC		120 000	5 715 935	6 890 267
Total des avoirs appréhendés	51 285 366	71 895 903	55 539 692	93 870 182

Les mesures conservatoires dont la mise en œuvre nécessite une certaine expertise ne sont réalisées qu'avec la collaboration de la PIAC.

L'analyse de ce tableau permet d'apporter les précisions suivantes :

- Les saisies 2008 ont augmenté de 54 % par rapport à 2007.
- La très nette augmentation de saisies intitulées « Autres biens mobiliers » (or, carburant en très grosse quantité, matériels industriels, embarcations, moteurs hors-bord) correspond principalement aux saisies effectuées dans le cadre d'opérations de lutte contre l'orpaillage illégal menées par le commandement de la gendarmerie de Guyane.
- Des saisies de fonds de commerce ont été réalisées pour la première fois par des enquêteurs de la plate-forme et ont été complétées par des mesures de nantissement.
- Les gendarmes de la section des recherches de Montpellier ont procédé à la saisie d'un aéronef et plus particulièrement un hélicoptère dans le cadre d'une affaire de trafic de stupéfiants.
- Les enquêteurs de la plate-forme saisis du volet patrimonial de l'enquête pour terrorisme menée par la sous-direction de l'Anti-Terrorisme, ont procédé en partenariat avec la section anti-terroriste du parquet de Paris, à la réalisation de mesures d'inscription hypothécaire contre 4 biens immobiliers appartenant à des membres de l'ETA pour un montant total de 1,306 million d'euros.

Les saisines judiciaires

Au cours de l'année 2008, la PIAC a été saisie à 47 reprises, par le biais de commissions rogatoires, pour l'identification, la localisation et la mise en œuvre des premières mesures conservatoires sur les biens. Les infractions à la législation sur les stupéfiants restent la base infractionnelle la plus fréquente, suivies des escroqueries en bande organisée, associations de malfaiteurs et blanchiment d'argent.

En raison des sollicitations de plus en plus importantes de la plate-forme de la part des enquêteurs ou des magistrats, une orientation a été définie : la cosaisine peut être envisagée dès lors que le dossier présente un degré de technicité importante quant à la nature des mesures à mettre en œuvre : saisie ou hypothèque à inscrire sur des biens en usufruit, nue-propriété, indivision, viager ou saisie, nantissement de parts sociales ou de fonds de commerce. Dans les cas moins complexes, les enquêteurs de la plate-forme travaillent en assistance et apportent leur appui aux entités extérieures dans la rédaction des actes permettant l'identification et la saisie.

Enfin, on ne peut passer sous silence le rôle actif d'autres organisations internationales comme EUROJUST dont le siège se situe à LA HAYE. Cette instance composée de magistrats des 27 pays membres a pour objet l'entraide judiciaire et la coordination des services de Police et de Justice dans les dossiers complexes. Son rôle en matière de saisie d'avoirs criminels n'est pas anodin puisqu'en 2007, 1100 dossiers ont été pris en charge dont trente concernaient l'identification et la saisie d'avoirs criminels.

EUROJUST travaille par ailleurs avec le Réseau judiciaire européen, les magistrats de liaison implantés dans les différents pays et l'OLAF (Office de lutte anti-fraude) sis à Bruxelles.

LE DISPOSITIF LÉGISLATIF

Nous avons vu que la PIAC est issue d'une circulaire interministérielle du 20 mai 2007. Il va de soi que les saisies préexistaient bien avant cette date puisque prévues dans le Code d'instruction criminelle de 1804.

Effectuées avec l'accord du propriétaire dans le cadre d'une enquête préliminaire (article 76 du CPP) ou par une ordonnance du juge des Libertés et de la Détention, ou encore dans le cadre de la flagrance ou de l'exécution d'une commission rogatoire, elles ne peuvent en principe concerner que les produits directs ou indirects de l'infraction.

Les nouvelles dispositions sont certes plus efficaces mais aussi plus complexes dans leur application.

Les dispositions les plus récentes sont comprises dans la loi Perben II précitée qui a étendu les possibilités de mesures conservatoires pour les faits de criminalité organisée : article 321-10-1 du Code pénal, introduit par la loi n° 2006 – 64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ou article 131-21 du même code, tel que modifié

par l'article 66 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

La confiscation est la peine complémentaire facultative, par laquelle tout ou partie des biens d'une personne physique ou morale, est dévolu à l'État.

Cette peine est applicable à tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, y compris à ceux non indiqués dans le Code pénal.

Elle est obligatoire pour les objets qualifiés par la loi ou le règlement, dangereux ou nuisibles (armes, explosifs, etc.) et peut viser la sûreté ou l'ordre public (banderoles racistes, etc.). Si la chose confisquée n'a pas été saisie car hors d'atteinte (elle se trouve à l'étranger), la confiscation est ordonnée en valeur. Peu importe que les biens eux-mêmes soient licites ou non.

Cette saisie des biens sans lien avec l'infraction s'appuie sur l'article 706-103 du Code de procédure pénale qui autorise les saisies conservatoires. Celles-ci garantissent le paiement des amendes, frais, ou l'indemnisation des victimes. En application de l'article 131.23 du CP, c'est le service des Domaines qui est chargé de la mise en vente des biens, le montant de la vente étant affecté au budget général de l'État, sauf si l'objet est détruit ou remis à un service de l'État.

En application de l'article L. 2222-9 du Code général de la propriété des personnes publiques, les objets confisqués peuvent être lors du jugement remis à un service d'enquête. Dans une affaire récente, un véhicule a ainsi été attribué à la Police Judiciaire parisienne. Quand il s'agit de trafic de stupéfiants, le montant de la vente doit alimenter le fonds de concours « Drogue » selon le décret 95-322 du 17 mars 1995, ce fonds étant géré par la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie (MILDT).

BILAN ET PERSPECTIVES

L'embellie législative, les nouveaux outils mis à la disposition des magistrats et des enquêteurs dans ce domaine particulier des saisies et confiscation d'avoirs criminels ne doit pas masquer les problèmes subsistants, indépendamment de l'application des nouveaux textes.

Dans le cadre de la présidence française de l'Union européenne, le ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique a présidé l'ouverture de la 5e conférence du réseau international CARIN (Camden Asset Recovery Interagency Network) sur les avoirs criminels qui s'est tenue à Bercy les 7 et 8 octobre 2008.

À cette occasion le Canada a présenté la structure en charge de gérer les biens meubles et immeubles saisis.

L'assemblée présente était constituée de magistrats, policiers, douaniers, issus des 27 États membres, de 19 pays tiers et de 6 organisations internationales (EUROPOL, INTERPOL, EUROJUST, OLAF, Groupe Egmont, UNODC).

Ce réseau connaît un élargissement rapide grâce à la volonté croissante des États participants de coopérer pour lutter plus efficacement contre le crime organisé et se veut également une force de proposition dans les avancées législatives comme il sera indiqué *supra* dans le cadre de la création des bureaux de recouvrement des avoirs criminels au sein de chaque pays de l'Union européenne.

IMPRÉCISIONS LÉGISLATIVES

C'est ainsi que l'on peut dresser une liste non exhaustive des questions qui restent posées :

L'article 706-13 du CPP et les mesures conservatoires :

- Les mesures conservatoires de l'article 706-103 sont exclues dans le cadre d'infractions non commises en bande organisée alors qu'elles ont notamment pour objet de garantir le paiement de l'amende et l'indemnisation des victimes ; le sort des victimes de multiples infractions certes complexes mais ne relevant pas de la procédure de crime organisé est ainsi ignoré *(ex. : escroquerie commise par un seul auteur et comportant de très nombreuses victimes).* Il en est de même pour des infractions pour lesquelles la confiscation générale du patrimoine est encourue (*ex. : blanchiment d'infractions autres que celles de l'article 706-73 ou proxénétisme simple ou infractions aggravées d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers...).*

• Ces mesures ne sont possibles que dans le cas d'une ouverture d'information et d'une mise en examen : au regard du nombre important d'affaires traitées sous le régime de l'enquête préliminaire ou plaignante, il est permis de se poser la question de l'opportunité de cette exclusion, surtout au regard des objectifs poursuivis par ces mesures. Par ailleurs, il est loisible de constater aujourd'hui le rôle accru du parquet dans les saisines et le traitement par voie d'enquête préliminaire de nombreuses affaires dites financières.

• Par ailleurs, la mise en œuvre de l'article 706-103 du CPP relève de la procédure civile d'exécution, ce qui alourdit l'application de ces mesures par la multiplication des acteurs. Un texte devrait prévoir que les mesures conservatoires, au même titre que les saisies pénales, puissent être réalisées par le juge des libertés et de la détention (préliminaire ou flagrant délit) ou le juge d'instruction (information judiciaire) dans le strict cadre de la procédure pénale. Mais ce texte doit être précis et ne doit pas laisser subsister de voies alternatives (706-103) qui compliqueront à l'extrême le dispositif existant, notamment au regard des règles exigeantes de la publicité foncière.

• Les mesures de l'article 706-103 ne frappent que le propriétaire de droit. Or, dans de nombreuses affaires, les auteurs utilisent des prête-noms ou des sociétés écrans. Il devient indispensable de prévoir ce cas de figure permettre en conséquence d'arriver à toucher également le patrimoine des propriétaires de fait.

Le manque de cohérence et de lisibilité des textes relatifs à la confiscation :

• Chevauchement des principes édictés par le nouvel article 131-21 du Code pénal avec les peines de confiscation spécifiques à chaque famille d'infractions (ex. : confiscation des installations servant au trafic de stupéfiants de l'art. 222-49 et principe de confiscation des biens ayant servi à la commission des infractions de l'article 131-21 : manque de lisibilité).

• Des oublis regrettables (ex. : le trafic de stupéfiants de l'art. 222-37 du Code pénal ne peut se voir appliquer la peine de confiscation générale, alors que le blanchiment ou la non-justification de ressources en rapport avec cette infraction le peuvent).

• Confiscation générale pour les personnes morales : elle est trop rarement prévue (terrorisme = art. 422-6 CP, infractions aggravées d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers L. 622-9 CESDEDA) alors que les personnes morales constituent un moyen de faire échec aux mesures de saisies, notamment dans les affaires de blanchiment.

Des textes récents ont eu des effets paradoxaux :

La loi n° 2007 – 1598 du 13 novembre 2007 a inséré l'article 706-1-3 dans le Code de procédure pénale. Or, ce dernier prévoit, notamment, que l'article 706-103 est applicable à l'enquête et au jugement des délits prévus par les articles 313 – 2, 432-11, 432-1, 432-2, 434-9, 434-9-1, 435-1 à 435-4 et 437-7 à 435-10 du Code pénal. Dans le même temps, cette loi abroge le paragraphe 8 (bis) de l'article 706-73 qui faisait référence à l'escroquerie commise en bande organisée. Dès lors, l'article 706-73, tel qu'il est désormais rédigé, ne permet pas d'envisager des mesures conservatoires à l'encontre du blanchisseur simple (hors bande organisée) d'infractions d'escroqueries en bande organisée (même chose pour le receleur ou l'auteur d'une non-justification de ressources).

L'encadrement législatif et réglementaire de la saisie des comptes bancaires :

Comme tout acte de saisie, le blocage des comptes bancaires dépend, empiriquement, d'un acte de réquisition (officier de police judiciaire ou magistrat). La Chancellerie a proposé que cette faculté ne relève que de la seule compétence des magistrats. Cette position peut faire naître des difficultés importantes en termes d'efficacité et de rapidité d'exécution de cette mesure de blocage. En effet, l'expérience montre que les enquêteurs sont de plus en plus confrontés à des suspects titulaires de très nombreux comptes bancaires, et que leur blocage peut être effectif dans des délais très courts, souvent même dans des situations d'urgence.

Textes d'application relatifs à la vente avant jugement des objets mobiliers saisis :

L'article 99-2 du CPP, prévoit la possibilité, dans le cadre d'une information judiciaire, de vendre avant jugement définitif les objets mobiliers saisis sous certaines conditions. L'article 41-5 du CPP, introduit par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 sur la contrefaçon, prévoit les mêmes dispositions pour ce qui concerne l'enquête préliminaire ou de flagrant délit, mais nécessite un décret d'application définissant les modalités précises de saisie en vertu de l'article 41-5. Ce décret est en cours de rédaction, il a été soumis récemment au Conseil d'État.

DIFFICULTÉS STRUCTURELLES ET PRATIQUES

Faiblesses de la coopération européenne et internationale :

La décision cadre du conseil de l'UE du 22 juillet 2003, permettant aux autorités judiciaires de procéder au gel des biens dans un pays de l'Union européenne par l'envoi d'un simple formulaire à l'autorité étrangère sans passer par la réalisation d'une commission rogatoire internationale, n'est en pratique pas mise en œuvre par les magistrats français.

Par ailleurs, force est de constater un manque de cohérence des canaux de coopération en matière patrimoniale entre, d'une part, les canaux organisés (Interpol, Europol) et, d'autre part, les réseaux informels comme CARIN.

Difficile application des saisies pénales d'immeubles (hors 706-103 du CPP) :

Il s'agit ici de l'hypothèse de la saisie d'un immeuble qui est le produit et/ou l'instrument de l'infraction poursuivie. L'inconscient collectif semble avoir dégagé, de l'article 706-103 du CPP, un principe général selon lequel le juge des libertés et de la détention disposerait d'une compétence exclusive pour prendre des mesures conservatoires sur les biens immobiliers produits de l'infraction, or il n'en est rien.

La direction des Affaires criminelles et des Grâces, consultée dans le cadre d'une affaire de ce type, a estimé que l'ordonnance du magistrat instructeur était suffisante pour parvenir à l'inscription provisoire d'une hypothèque dans la mesure où cette ordonnance était valablement fondée sur l'article 81 du CPP. La PIAC a soutenu cette interprétation et réalisé ce type de saisie avec de nombreux magistrats instructeurs.

Il apparaît dès lors urgent de formaliser très clairement la règle selon laquelle, tout bien susceptible d'être confisqué a vocation à être préalablement saisi et ce, afin de lever toute ambiguïté sur la possibilité ou non d'une saisie, qu'elle soit mobilière ou immobilière.

Problématiques liées à la réalisation des hypothèques immobilières :

La réalisation des bordereaux d'inscription provisoire est, tout d'abord, une difficulté pratique constante. Le dépôt des bordereaux d'inscription hypothécaire correspond à la phase de publication de la décision autorisant la mesure conservatoire. Ces formalités de publicité foncière auprès de la conservation des hypothèques font l'objet de règles très précises auxquelles il ne peut être dérogé. La présentation matérielle du document est liée à un formalisme rigoureux au moyen de borde-

reaux normalisés qui doivent être renseignés de manière minutieuse. Le conservateur des hypothèques n'est pas habilité à rectifier, suppléer, compléter ou interpréter les documents qui lui sont soumis et en cas d'erreur formelle il est tenu de rejeter la demande.

Cette rigueur engendre une double difficulté ; d'une part la technicité requise pour compléter le document *ad hoc* ne rend pas la mesure facilement accessible à un magistrat généraliste (document Cerfa à télécharger sur le site www.impots.gouv.fr, difficilement enregistrable et non réinscriptible), d'autre part, « l'inflexibilité » de la conservation des hypothèques peut aboutir à des situations de blocage, notamment lorsqu'une erreur est survenue dans la saisie des données foncières par la conservation des hypothèques elle-même.

Par ailleurs, la mise en œuvre des procédures d'exécution implique la nécessité du recours exclusif à un huissier de justice qui notifie dans les 8 jours la mesure aux propriétaires de l'immeuble. Cela retarde d'autant l'effectivité de la saisie, alors qu'un magistrat ou un OPJ pourrait utilement procéder à cette notification (a fortiori lorsque le mis en examen est présenté devant le juge).

Enfin, l'opacité du résultat des mesures conservatoires immobilières de l'article 706-103 au profit de l'indemnisation des victimes, renforce l'impression d'inutilité de cette mesure. En effet, cette disposition révèle un obstacle juridique relatif à la reprise d'une hypothèque au nom des victimes lorsque celle-ci a initialement été prise par l'État (le système n'existe pour l'instant que pour les sûretés conventionnelles). Jusqu'à ce jour, aucune association d'aide aux victimes, ni juridiction n'est en mesure d'affirmer l'effectivité de ce système et surtout d'en démontrer concrètement la réalisation.

Les difficultés liées notamment à la mise en œuvre des procédures civiles d'exécution, renforcent la nécessité d'inscrire ces procédures dans la réglementation pénale proprement dite. À cette occasion, une réflexion sur l'instauration de mesures d'indisponibilité, venant compléter la procédure de prise de mesures hypothécaires déjà existante, mériterait d'être mise en place.

Problème du fonds de commerce :

Cet avoir est dépréciable par nature et remplit une fonction sociale. Quelle gestion mettre en place après une telle saisie ? Doit-on désigner un mandataire ? La vente par les Domaines est-elle envisageable s'agissant d'un bien pour partie incorporel ?

Insaisissabilité des produits d'assurances-vie :

Le Trésor public étant systématiquement débouté dans ses actions conservatoires ayant pour objet de saisir des assurances-vie (hors le cas d'une action paulienne prévue par le Code civil, art. 1167 : voie de droit qui permet à un créancier d'attaquer un acte fait par son débiteur lorsque ce dernier a agi en fraude de ses droits, utilisée notamment pour permettre au créancier de faire réintégrer dans le patrimoine de son débiteur un ou des biens que celui-ci avait aliéné à un tiers, généralement complice, dans le but d'empêcher le créancier de faire saisir ce ou ces biens), il apparaît quasi impossible pour la justice pénale de parvenir aux mêmes fins. C'est un sujet d'ampleur car les affaires récentes traitées par la PIAC démontrent l'existence d'investissements de plus en plus importants par les membres du crime organisé dans ce type de produits.

Art. 706-1-2 :

Les mesures conservatoires sont impossibles dans les affaires d'atteintes à la propriété intellectuelle commises en bande organisée.

L'épineuse question du devenir des biens saisis :

La question de la gestion des avoirs saisis reste posée lorsqu'un jugement définitif ne s'est pas prononcé sur leur devenir. Nombre de véhicules qui n'ont pas fait l'objet de vente préalable avant jugement (article 99-2 du CPP) encombrent les fourrières et perdent la valeur qu'ils pourraient représenter au titre d'une confiscation.

Il est clair qu'un véhicule même de haut de gamme, saisi puis revendu après deux ans d'immobilité en fourrière, par exemple, n'a plus aucune valeur. De même, la question de la sécurisation des immeubles saisis afin d'éviter pillages et autres exactions est réglée au cas par cas. Enfin, une simplification des mesures d'attribution de biens confisqués au profit des services de l'État pourrait être évoquée, plus particulièrement dans le cadre des dispositions prévues par les fonds de concours « Drogue ». Par ailleurs, il serait souhaitable de s'inspirer de certaines expériences étrangères qui consistent à provisionner le montant d'un bien saisi afin de permettre son utilisation immédiate par les services de l'État avant confiscation.

L'avenir

La nécessité du développement de la Plateforme d'identification des avoirs criminels :

La PIAC connaît un succès incontestable et confirme le besoin qui existait dans le domaine de l'identification et de la saisie des avoirs criminels.

L'intérêt grandissant pour l'approche patrimoniale des enquêtes renforce l'accroissement de l'activité de la plateforme qui a, par ailleurs, acquis un véritable savoir-faire en matière d'appréhension de biens immobiliers et incorporels.

Ainsi, l'enrichissement de la capacité d'analyse et d'aide à l'enquête que peut fournir cette unité est un thème récurrent qui est le fruit du succès de la structure tant auprès des magistrats qu'à l'égard des autres services de police ou de gendarmerie. Cela passe, notamment, par une participation effective de nouveaux partenaires et son éventuelle réorganisation dans le cadre du suivi des décisions communautaires.

Au niveau international

La décision 845 du Conseil de l'Union européenne en date du 6/12/2007 prévoyait l'instauration d'Asset Recovery Office (ARO) ayant pour objet le dépistage et l'identification des avoirs criminels en vue de faciliter la saisie et confiscation avec pour échéance le 18 décembre 2008.

La décision 845 traite du dépistage, d'identification, de préparation des saisies et d'échange de renseignement, autrement dit toutes les phases essentielles qui vont permettre, en amont, la « récupération » des avoirs criminels.

La PIAC a participé à une conférence organisée par EUROPOL à Bruxelles les 6 et 7 mars 2008, relative à la collaboration européenne en matière de saisie et de confiscation des biens d'origine criminelle. L'ensemble des travaux réalisés dans le cadre de groupes de travail a donné lieu à la rédaction d'un rapport transmis à la commission européenne dans lequel sont énumérées les recommandations qui permettront à chaque état membre de prendre les dispositions nécessaires, et notamment les caractéristiques dont devraient se doter chaque ARO : multidisciplinarité, accès aux fichiers des administrations susceptibles de détenir des informations d'ordre patrimonial dont le fichier national des comptes bancaires, point central de toutes les demandes internationales dans ce domaine, collecte des statistiques (saisies et confiscations), la gestion directe ou indirecte des avoirs et biens saisis.

Depuis une notification du secrétariat général des Affaires européennes du 8 avril 2009, la PIAC est désormais désignée comme étant le Bureau français de recouvrement des avoirs.

Cette consécration doit conduire à une réflexion plus approfondie sur le statut à venir de cette structure et, à court terme, sur une mise en adéquation de ses moyens avec les nouvelles missions qui lui sont imparties, notamment au plan international.

Le renforcement de la formation des différents acteurs concourant à la saisie des biens criminels :

Pour l'instant, s'il existe bien une formation à l'enquête financière, il n'existe pas de spécialiste en matière de saisie des avoirs même si les enquêteurs de la PIAC ou les juges de la Liberté et de la Détention sont confrontés fréquemment à des problèmes pratiques ; il serait judicieux de créer cette formation tout comme aujourd'hui se met en place une formation d'enquêteur pour les GIR.

L'amélioration de l'outil législatif :

La proposition « WARSMANN » visant à la simplification de la procédure de saisie.

Un projet de réforme repose sur le constat que si le droit français offre des possibilités de confiscation adaptées aux nécessités actuelles de lutte contre toutes les formes de criminalité, les mécanismes de saisie ne permettent pas toujours d'appréhender au cours de l'enquête un bien pour lequel la confiscation est pourtant encourue. Le projet vise à clarifier les dispositions de droit commun déjà existantes relatives aux saisies et aux perquisitions et à améliorer le mécanisme de mesure conservatoire de l'article 706-103 du Code de procédure pénale. Par ailleurs, un des objectifs majeurs est, pour favoriser l'approche patrimoniale des enquêtes, de permettre la réalisation d'investigations spécifiquement destinées à rechercher et localiser les biens dont la confiscation est prévue en vertu de l'article 131-21 du Code pénal en utilisant aussi bien la coopération internationale que la connaissance des personnes morales de droit privé (banques, assurances, sociétés commerciales et civiles). C'est à ce stade de la procédure que la probabilité est la plus élevée d'appréhender les profits tirés directement ou indirectement de l'infraction. Le projet prévoit également la création d'une procédure pénale d'exécution.

Ce projet a été repris par MM. Jean-Luc Warsmann, président de la commission des Lois et Guy Geoffroy, député de la 9e circonscription de Seine et Marne, coauteurs d'une proposition de loi, en cours de dépôt. Le 25 novembre 2008, le chef de la plate-forme et son adjoint

ont été reçus à l'Assemblée nationale pour une table ronde organisée sur le thème des saisies et des confiscations en matière pénale. Ils ont pu à cette occasion évoquer les difficultés actuellement rencontrées lors du traitement des dossiers judiciaires notamment lorsqu'il s'agit de récupérer les avoirs illégaux.

Cette démarche qui s'inscrit de manière évidente dans une lutte proactive contre la corruption et toutes autres atteintes à la probité, ne peut que faciliter le travail tant des magistrats que des policiers en améliorant la prise en compte le droit des victimes.

Chapitre IX

LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS PÉNALES FRANÇAISES EN MATIÈRE DE CORRUPTION INTERNATIONALE

La corruption étant un phénomène mondial qui ne connaît pas les frontières, les États ont été incités, pour tenter de l'éradiquer, à signer, parmi d'autres instruments, des conventions internationales.

Les États se sont d'abord regroupés par zones géographiques pour signer des conventions régionales de lutte contre la corruption. C'est ainsi qu'ont été adoptées la Convention interaméricaine contre la corruption le 29 mars 1996, la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant les fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, établie par un Acte du Conseil du 26 mai 1997, la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999 et la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, le 11 juillet 2003.

Deux autres conventions ont, quant à elles, des champs d'application universels, même si l'une est régie par un principe de spécialité, l'autre par un principe de généralité.

Adoptée à Paris le 21 novembre 1997, la Convention de l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a pour objet la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

La Convention des Nations unies contre la corruption a, quant à elle, été adoptée par l'Assemblée générale le 31 octobre 2003 et a été ouverte à la signature du 9 au 11 décembre 2003 à Mérida (Mexique). C'est la plus générale puisque les pays signataires doivent mettre en place des mesures de prévention et de répression des faits de corruption et des autres faits constituant des manquements à la probité, des faits de blanchiment du produit du crime, des faits de recel ainsi que d'entraves au bon fonctionnement de la justice.

Mais pour rendre effective l'application de telles conventions, les pays qui les ont signées doivent les transposer dans leur droit interne dans le respect de leurs principes juridiques. Cette opération va nécessiter en particulier l'élaboration de nouvelles infractions.

Néanmoins, pour lutter contre la corruption internationale, la création de nouvelles infractions n'est pas suffisante. Des règles de procédure pertinentes sont indispensables pour donner à un texte sa pleine efficacité.

Dans le domaine de la corruption les engagements internationaux de la France se sont traduits par deux lois :

– la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption,

– la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

L'étude de ces deux textes va permettre d'exposer comment la France a souhaité lutter contre la corruption internationale, tant à travers les éléments constitutifs des infractions créées que vis-à-vis des règles de procédure adoptées.

Ensuite, il sera possible de porter une appréciation sur l'efficacité des modalités retenues.

Avant d'aborder ce point, il convient de rappeler les règles en vigueur pour l'application de la loi pénale dans l'espace et les modalités de mise en action de l'action publique, textes qui vont avoir une importance clé pour lutter contre la corruption internationale.

L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE DANS L'ESPACE

Le principe est fixé par l'article 113-2 du Code pénal qui dispose que « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République », l'alinéa 2 précisant que « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

Ce texte est utilement complété par l'article 113-5 du Code pénal qui prévoit aussi l'application de la loi française au complice, qui a agi sur le territoire français, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger dès lors que le crime est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.

La France s'est aussi attachée à prévoir le cas des infractions commises hors du territoire de la République. Bien évidemment, elle n'a légiféré que sur le sort de ses nationaux.

Ce sont les dispositions de l'article 113-6 du Code pénal qui font une distinction entre les crimes et les délits. Pour les crimes, la loi pénale française est applicable dès lors que l'acte a été commis par un Français hors du territoire de la République. S'il s'agit d'un délit commis hors du territoire de la République par un Français, la loi pénale française ne sera applicable que si les faits sont punis par la législation du pays, lieu de commission de l'acte.

L'article 113-7 s'attache à prévoir le cas où l'infraction a été commise hors du territoire mais dont la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. Le principe est clair : la loi pénale française s'applique dès lors qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement.

L'autre règle importante concerne la mise en mouvement de l'action publique.

LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

L'article premier du Code de procédure pénale fixe le principe de base : l'action publique est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. La partie lésée peut aussi la mettre en mouvement dans certaines conditions.

S'agissant des magistrats, il s'agit des magistrats du ministère public, étant rappelé que le procureur de la République est détenteur de l'opportunité des poursuites qui lui permet d'engager des poursuites, de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites ou de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

Dans certaines hypothèses limitativement énumérées, la mise en mouvement de l'action publique appartient à d'autres entités qu'au ministère public. C'est le cas de certaines administrations (douanes, contributions indirectes...) qui peuvent déclencher l'action publique pour les infractions qui les concernent.

La mise en mouvement de l'action publique exige parfois une plainte ou une dénonciation préalable. Cette hypothèse a deux conséquences : le ministère public ne peut poursuivre que s'il dispose d'une plainte. Toutefois, quand il est en sa possession il reste toujours maître de l'opportunité des poursuites.

Enfin, il existe des circonstances où la mise en mouvement de l'action publique exige une autorisation préalable (par exemple, l'autorisation du bureau de l'Assemblée concernée est nécessaire pour l'engagement de poursuites à l'encontre d'un membre du Parlement) ou un jugement préalable.

Quant à la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée, elle est fixée par les dispositions de l'article 85 du Code de procédure pénale, telles qu'elles résultent de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 qui a imposé à la victime de déposer plainte auprès du procureur de la République avant de pouvoir se constituer partie civile auprès d'un juge d'instruction.

Pour les faits commis à l'étranger par des ressortissants français, le législateur a clairement opté pour le monopole du parquet (article 113-8) lorsque les conditions fixées par les articles 113-6 et 113-7 sont réunies. Toutefois, ce texte précise que le ministère public ne peut pas mettre en mouvement l'action publique à sa seule initiative en exposant que « la poursuite doit être précédée d'une plainte de la victime ou de

ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis».

Le descriptif des deux lois portant sur la corruption internationale va permettre à la fois d'exposer les nouvelles infractions et d'examiner les modalités de mise en œuvre des principes évoqués ci-dessus, puis d'apprécier la pertinence du dispositif mis en place.

LA LOI N^{O} 2000-595 DU 30 JUIN 2000

Outre une définition de la corruption en droit interne, la loi du 30 juin 2000 a eu pour objectif d'adapter le droit interne aux engagements internationaux de la France afin de lutter contre les phénomènes de corruption internationale et de fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Pour y parvenir, elle a créé les infractions pénales suivantes:

– la corruption active et passive d'un fonctionnaire communautaire, d'un fonctionnaire national d'un autre État membre et des membres des institutions européennes.

Pour définir les actes tombant sous le coup de cette nouvelle incrimination, la France a décidé de la faire correspondre à la définition de la corruption active et passive d'un fonctionnaire national.

– la corruption active d'un agent public étranger dans les transactions commerciales internationales, la définition étant identique à celle réprimant la corruption active d'un fonctionnaire national.

Pour respecter ses engagements internationaux, en particulier la convention de l'OCDE de 1997, la France a prévu la possibilité de condamner les personnes morales pour les faits de corruption active d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales.

Sur le plan procédural, la France a décidé que la poursuite des infractions de corruption active et passive de fonctionnaire d'un autre État membre devait répondre aux règles du droit commun. En revanche, la poursuite des faits de corruption active d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales a fait l'objet d'une disposition spécifique, la mise en mouvement de l'action publique étant réservée à la seule initiative du ministère public, que les faits aient été commis sur le territoire national ou à l'étranger.

De plus, la loi a élargi la compétence territoriale des juridictions françaises pour les faits de corruption active et passive de fonctionnaire

communautaire et d'un autre État membre ou d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Elle a aussi institué une compétence nationale facultative au profit du tribunal de grande instance de Paris pour connaître des infractions de corruption active d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales.

Cette loi a constitué la première étape de la mise en conformité de la loi française avec ses engagements internationaux pour lutter contre la corruption, évolution que la loi du 13 novembre 2007 est venue parachever.

LA LOI Nº 2007-1598 DU 13 NOVEMBRE 2007

Après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 la France a continué de montrer sa volonté de lutter contre la corruption en signant d'autres engagements internationaux :
- les conventions pénale et civile du Conseil de l'Europe sur la corruption des 27 janvier et 4 novembre 1999 ;
- le protocole additionnel de la Convention pénale du Conseil de l'Europe du 15 mai 2003 ;
- la convention des Nations unies contre la corruption adoptée le 31 octobre 2003 à New York (dite convention de Mérida).

Dès lors, les dispositions contenues dans la loi du 30 juin 2000 étaient devenues insuffisantes et la loi du 13 novembre 2007 est devenue nécessaire pour compléter le dispositif existant et assurer l'adéquation entre la législation de la France et ses engagements internationaux.

S'agissant des incriminations internationales, la loi de 2007 en a étendu certaines et en a créé d'autres.

Elle a supprimé la distinction entre les faits commis au sein de l'Union européenne ou en dehors, ne distingue plus selon que la corruption s'exerce dans le cadre du commerce international ou non, prévoyant les infractions de corruption active et passive dans toutes les hypothèses, de sorte qu'il existe maintenant dans le droit français quatre incriminations de corruption internationale :
- la corruption passive d'agent public étranger ou international (art. 435-1 du Code pénal) ;
- la corruption active d'agent public étranger ou international (art. 435-3) ;
- la corruption passive du personnel judiciaire étranger ou international (art. 435-7) ;

– la corruption active du personnel judiciaire étranger ou international.

Il en résulte que les juridictions françaises peuvent maintenant poursuivre et juger tant le corrupteur que l'agent public étranger ou international corrompu. L'infraction sera constituée qu'il s'agisse d'une personne publique appartenant à un État signataire des conventions internationales ou non, qu'elle soit membre d'une organisation internationale à laquelle la France appartient ou non.

La loi du 13 novembre 2007 a également créé de nouvelles incriminations :

– le trafic d'influence passif commis en direction d'un agent public international (art. 435-2) ;
– le trafic d'influence actif commis en direction d'un agent public international (art. 435-4) ;
– le trafic d'influence passif en direction du personnel judiciaire international (art. 435-8) ;
– le trafic d'influence actif en direction du personnel judiciaire international (art. 435-10).

Là aussi la transposition des incriminations s'est faite dans les mêmes termes que pour les incriminations équivalentes en droit national. Il est à noter que, contrairement à ce qui existe pour l'infraction de corruption, le trafic d'influence en direction d'un agent public ou du personnel judiciaire d'un État étranger n'a pas été créé, cette infraction étant peu répandue.

Pour renforcer la lutte contre les entraves au bon fonctionnement de la justice, la France a prévu de nouvelles infractions :

– la subornation de témoin dans le cadre d'une procédure judiciaire étrangère ou internationale (art. 435-12 CP) ;
– les menaces ou intimidations envers le personnel judiciaire ou international (art. 435-13).

Sur le plan de la procédure pénale, la loi nouvelle a maintenu le monopole des poursuites du parquet pour les délits de corruption d'agent public étranger ou international hors Union européenne, maintenant ainsi le dispositif mis en place par la loi du 30 juin 2000.

Pour la corruption intracommunautaire la loi a étendu la compétence des juridictions françaises (art. 689-8 2° et 3° du Code de procédure pénale).

La compétence concurrente du tribunal de grande instance (TGI) de Paris en matière de corruption internationale a été étendue. Sur la base de la loi de 2000, cette juridiction avait une compétence concurrente avec celle des autres tribunaux territorialement compétents en qualité

« juridiction nationale spécialisée » pour les infractions de corruption active d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales hors de l'UE.

Dans un souci de simplification, le législateur de 2007 a donné au seul TGI de Paris une compétence concurrente avec les tribunaux territorialement compétents pour les faits de corruption et de trafic d'influence internationaux.

Les textes législatifs étant posés, il reste à voir si le dispositif effectivement mis en place permet à la France de respecter ses engagements internationaux et de disposer d'un arsenal juridique efficace pour lutter contre la corruption internationale.

BILAN DE L'ACTUEL DISPOSITIF

En signant de nombreuses conventions internationales, la France a montré sa volonté de lutter contre la corruption, qu'elle soit nationale, communautaire ou internationale.

Les deux lois du 30 juin 2000 et du 13 novembre 2007 ont permis l'entrée en vigueur d'un arsenal d'infractions complet qui la met sur le plan des incriminations en totale conformité avec les objectifs conventionnellement souscrits.

Au surplus, la France dispose d'une responsabilité pénale de la personne morale qui est efficiente et assortie de sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives », selon les termes mêmes de la convention de l'Organisation pour la coopération économique et le développement (OCDE) de 1997.

Sur le plan procédural, la compétence des juridictions françaises telle qu'elle a été étendue pour la corruption intracommunautaire renforce la possibilité de lutte contre ce type de corruption.

S'agissant de la compétence concurrente exclusive du TGI de Paris pour les faits de trafic d'influence et de corruption internationaux, elle se justifie, dans son un souci d'efficacité, par le souhait de spécialiser une juridiction dans des dossiers qui peuvent être d'une particulière complexité.

Le monopole du parquet pour la poursuite des délits de corruption d'agent public ou du personnel judiciaire étranger ou international hors Union européenne peut être sujet à discussion.

Lors des différentes évaluations auxquelles elle a été soumise pour apprécier ses modalités d'application des conventions internationales

signées, la France a dû justifier ce choix et a indiqué qu'il était fondé sur une volonté d'éviter une concurrence déloyale de la part de certaines sociétés qui, en matière de corruption d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales, auraient pu vouloir ainsi se venger d'une société bénéficiaire d'un marché à l'étranger.

Cette position a toujours été admise par les structures d'évaluation qu'il s'agisse des évaluations par les pairs (autres États signataires de la convention) ou par le GRECO (Groupe d'États contre la corruption), structure du Conseil de l'Europe chargé d'apprécier la mise en application des termes des conventions civile et pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe.

De surcroît, lorsqu'elle transpose des conventions internationales en droit interne, la France le fait dans le respect des principes régissant l'application de la loi pénale dans l'espace.

Comme il a été exposé plus haut, ce domaine est régi par les dispositions des articles 113-2 et suivants du Code pénal. En particulier, l'article 113-6 fait une distinction entre les crimes et les délits, ces derniers ne pouvant être poursuivis par les autorités françaises que si le ressortissant français, agissant hors du territoire de la République, a commis son acte délictueux dans un pays où ces faits sont punis par la législation de ce pays.

Il s'agit de l'un des principes fixant la législation française et les textes des conventions internationales mentionnent explicitement, à ce titre, que les pays doivent transposer leurs engagements en doit interne dans leur respect de leurs principes juridiques.

Par exemple, si les textes les plus récents imposent à chaque partie signataire de mettre en place une responsabilité de la personne morale, les pays sont libres d'opter pour une responsabilité pénale ou administrative, dès lors qu'il en résulte une possibilité de sanctions efficientes.

Cette volonté de respecter les principes juridiques de chaque pays se traduit, d'ailleurs, par le fait que, lors des procédures de ratification des conventions internationales, les États disposent de la possibilité d'émettre des « réserves » sur la transposition de telle ou telle disposition explicitement mentionnée. La lecture des documents de ratification des conventions internationales de lutte contre la corruption démontre que cette faculté est largement utilisée.

C'est dans ce souci de ne pas déroger à ses principes d'application de la loi pénale dans l'espace que la France a émis une réserve lorsqu'elle a ratifié la convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe.

Les dispositions de l'article 17 du texte pouvant déroger aux principes de compétence de ses juridictions selon les termes de l'article 113-6 du Code pénal, la France a déclaré qu'elle se réservait le droit de n'établir sa compétence, en cas de commission d'une des infractions visées par le texte par un de ses ressortissants, un de ses agents publics ou un de ses membres d'assemblées publiques nationales, que si les faits étaient punis par la législation du pays où ils avaient été commis.

La France a émis la même réserve pour les infractions impliquant un de ses agents publics ou un membre de ses assemblées publiques nationales qui est aussi l'un de ses ressortissants.

En tout état de cause, les conventions internationales ne pourront être ratifiées et traduire une volonté commune des pays de se donner un objectif commun que si chaque État peut le faire dans le cadre des grands principes juridiques qui sont les siens.

Au surplus, en matière de lutte contre la corruption internationale ce n'est pas tant l'existence du monopole du parquet pour la mise en mouvement de l'action publique qui peut diminuer l'efficacité du système français que le fait que le parquet ne peut d'initiative engager des poursuites.

En effet, en imposant au ministère public de disposer d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis (art. 113-8) le législateur a imposé des conditions qui peuvent être difficiles à remplir, surtout lorsque les faits commis le sont dans le cadre de l'infraction de corruption d'agent public étranger dans les transactions commerciales internationales.

S'agissant de la plainte il peut être difficile de trouver « une victime » qui ait connaissance de la situation, surtout dans des cas d'attributions de marchés qui peuvent réunir de nombreuses sociétés provenant de divers pays.

Quant au pays, lieu de la commission des faits, il peut ne pas vouloir « dénoncer » des faits, notamment parce qu'il ne souhaite pas faire la démarche ou parce que c'est en toute connaissance de cause que son agent public a bénéficié d'actes de corruption, ou encore qu'il en est lui-même bénéficiaire.

Dès lors, aucune poursuite ne pourra être engagée et aucune responsabilité prononcée, dans un secteur où la responsabilité pénale de la personne morale pourrait utilement être utilisée.

Afin de pallier cette difficulté, une solution pourrait être envisagée en découplant, compte tenu de leur autonomie, la responsabilité pénale

de la personne physique et la responsabilité pénale de la personne morale. En particulier, si le pays lieu de commission de l'infraction ne connaît pas la responsabilité de la personne morale il pourrait être possible que le ministère public français, ayant connaissance de faits qui peuvent laisser présumer la commission d'une infraction, puisse solliciter de la part de l'État étranger, une dénonciation concernant uniquement la personne morale.

Ainsi, la France montrerait qu'elle est attentive aux observations faîtes sur ce point par le 29 février 2009 dans le cadre du 3e cycle d'évaluation et qui pourraient être reprise ultérieurement lors de l'examen par ses pairs de l'application de la Convention de l'OCDE de 1997.

ANNEXES

ÉLÉMENTS DE JURISPRUDENCE 2008

Cour de cassation

(Source : Service de documentation et d'études de la Cour de cassation)

ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION PUBLIÉS

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

Crim. 19 mars 2008. Bull. crim. 2008 nº 69

La prise illégale d'intérêts est constituée dès lors que la personne dépositaire de l'autorité publique, en l'espèce un maire, a pris un intérêt quelconque dans une opération dont elle avait, au moment de l'acte, la charge d'assurer l'administration. Dès lors, une cour d'appel justifie sa décision en relevant les faits commis sont constitutifs de l'infraction, sans qu'il y puisse lui être reproché de ne pas avoir apprécié si l'intérêt du prévenu était en contradiction avec l'intérêt communal, les dispositions de l'article 432-12 du Code pénal n'exigeant pas cet examen.

Crim 15 avril 2008. Bull. crim. 2008 nº 99

Une chambre de l'instruction a légalement fondé sa décision confirmant la décision d'un juge des libertés et de la détention de placer le prévenu en détention provisoire en arguant du fait :

- qu'il convenait de rechercher quelles étaient les personnes qui avaient profité des largesses de l'intéressé ;
- qu'il fallait éviter qu'il ne tente de faire pression sur elles pour minimiser son rôle et l'ampleur des détournements ;
- qu'il convenait d'éviter une dissimulation des preuves ;
- qu'en liberté, le prévenu pourrait être tenté de faire disparaître des biens provenant de détournements non encore découverts ;
- qu'il était nécessaire d'éviter le renouvellement de l'infraction, l'intéressé étant en campagne électorale et les pouvoirs dont il disposait en sa qualité de maire pouvant le conduire à en user à nouveau pour favoriser ses réélections ;
- qu'enfin, compte tenu de l'ampleur du préjudice, il était nécessaire de garantir sa représentation.

Crim. 4 juillet 2008 – Bull. crim. 2008, Ass. plén., nº 2

Le délit de prise illégale d'intérêts est constitué dès lors que le prévenu, dépositaire de l'autorité publique, a pris des intérêts dans des opérations dont il détenait un pouvoir de surveillance, de décision et d'administration. Justifie sa décision la cour d'appel qui relève que le prévenu, agent de l'État, recourait pour des actions de formation continue dont il avait la surveillance et l'administration à des entreprises

dans lesquelles il détenait des participations et au bénéfice desquelles il effectuait lui-même des prestations rémunérées.

Crim. 17 Décembre 2008 – (en attente de publication)

Constitue une prise illégale d'intérêts le fait, pour un président d'université, de signer un contrat d'enseignement au profit de sa sœur en qualité de professeur contractuel dans l'université dont il avait la charge, la surveillance ou la direction. L'infraction est constituée, même si la signature est intervenue de manière différée, aux fins de régularisation de décisions prises pendant son investiture dès lors qu'il a délibérément signé le contrat d'enseignement, acte juridique indispensable au procès-verbal d'installation subséquent

CORRUPTION PASSIVE ET TRAFIC D'INFLUENCE

Crim. 20 février 2008 – Bull. crim. n° 44

S'agissant de l'exercice de l'action publique, la cour d'appel a justement écarté sa prescription en retenant que le délit d'entente n'a été révélé, dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique, qu'à la date de la dénonciation des faits par les élus du conseil général. De plus, l'existence de l'entente était dissimulée par la régularité apparente des procédures d'appel d'offres restreint et par la collusion relevée entre les entreprises, les partis politiques et l'exécutif régional. La prescription n'était donc pas acquise lorsque le procureur de la République a émis une réquisition aux fins d'enquête deux mois après la dénonciation des faits.

Sur le fond, la cour d'appel justifie sa décision en considérant que le prévenu s'est rendu complice des faits de corruption passive, de trafic d'influence et de corruption active en s'immisçant personnellement dans l'organisation et le fonctionnement des opérations frauduleuses afin de s'assurer de leur bon déroulement en :
- désignant les personnes chargées de ces opérations ;
- donnant son accord pour que d'autres partis sollicitent les entreprises ayant contribué au financement de son parti politique et en faisant rendre des comptes par les mandataires des partis des recettes collectées ;
- intervenant ponctuellement pour rappeler aux entreprises leurs engagements et leur enjoindre de les respecter et en sollicitant l'une d'entre elles pour un emploi de complaisance.

Ces faits caractérisent l'aide et l'assistance, telles que mentionnées comme éléments constitutifs de la complicité selon l'article 121-7 du Code pénal.

Doit aussi être reconnue coupable des chefs d'entente prohibée et de corruption la personne n'exerçant pas une fonction publique qui prend une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation et la mise en œuvre d'une entente concurrentielle en :

– concluant ou approuvant des accords entre des sociétés concurrentes en vue d'une répartition illicite d'un ensemble de marchés publics ;
– concluant avec ces mêmes sociétés des accords particuliers soit pour obtenir l'attribution des marchés en leur fournissant le montant de ses offres, soit en y renonçant en déposant des offres artificiellement majorées ;
– proposant des dons à une personne chargée d'une mission de service public ainsi qu'aux trésoriers et mandataires financiers des partis politiques et d'avoir cédé à leurs sollicitations pour obtenir ces marchés.

Crim. 19 mars 2008. Bull. crim. n° 71

Si le délit de trafic d'influence est une infraction instantanée qui se prescrit à compter de la perception du dernier versement effectué en exécution du pacte litigieux, le délai de prescription ne commence à courir, en cas de dissimulation, qu'à partir du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans les conditions permettant l'exercice des poursuites, en l'espèce la découverte des mouvements enregistrés sur les comptes des prévenus et la dénonciation de ces faits par les autorités suisses au juge d'instruction français.

Par ailleurs, doit être considérée comme une décision favorable, au sens des articles 432-11 2° et 433-1 du Code pénal relatifs aux trafics d'influence passif et actif, le fait, pour une personne chargée d'une mission de service public « d'aplanir » auprès d'une administration publique toutes difficultés liées à l'exécution d'un contrat.

Enfin, s'agissant de la confiscation des biens objet du trafic d'influence, qui peut être prononcée à titre de peine complémentaire sur le fondement de l'article 432-17 3° du Code pénal, elle peut concerner toutes les sommes et tous les objets irrégulièrement reçus, non seulement par l'auteur principal de l'infraction, mais aussi par son complice.

Crim. 11 Juin 2008 – Bull. crim 2008 n° 145

Pour valider la saisie d'un compte bancaire ordonnée par un juge d'instruction en exécution d'une commission rogatoire internationale délivrée sur le fondement de la Convention des Nations unies contre la corruption à l'encontre d'un ancien président de la République du Guatemala et de son ex-conjointe poursuivis pour du chef de corruption, la chambre de l'instruction a justement fondé sa décision sur l'article 97 du Code de procédure pénale. La mesure de saisie, ordonnée sur ce fondement et destinée à empêcher les prévenus d'user de leurs biens, suivait un objectif d'intérêt général, en l'espèce l'exécution par l'État français de ses obligations résultant de la Convention des Nations unies contre la corruption.

ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ACCÈS ET À L'ÉGALITÉ DES CANDIDATS DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Crim. 15 mai 2008 – Bull. crim. 2008 n° 121

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a condamné le maire d'une commune pour des faits d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics au motif qu'en sa qualité, il avait attribué, selon la procédure d'appel d'offres, un marché d'études portant sur la faisabilité d'un parc naturel de sports et de loisirs, à une société dirigée de fait par un ami de longue date à qui il avait déjà confié, de gré à gré, des études ayant sensiblement le même objet. Il s'était avéré que l'offre de cette société était dépourvue de toute faisabilité et était d'un montant quatre fois supérieure à la valeur réelle des travaux estimés.

Par son attitude le maire a apporté à l'entreprise un avantage injustifié.

Pour déclarer le gérant de la société coupable de recel du délit de favoritisme, la cour d'appel a justement énoncé que le maire avait imposé à la commission d'appel d'offres le choix de l'attributaire par l'intermédiaire des services techniques qui n'avaient procédé à aucune analyse des offres proposées dont seules quatre sur sept avaient été ouvertes. Le gérant de la société était parfaitement informé du fait qu'il n'y avait eu ni recherche de faisabilité de l'offre ni concurrence.

Crim. 25 juin 2008 – Bull. crim. 2008 n° 166

La participation, fut-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également une collecti-

vité locale exclut en tout état de cause que celle-ci puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Par ailleurs, le Code des marchés publics prévoit la possibilité d'absence de mise en concurrence lorsque, pour des raisons techniques ou artistiques, on ne peut confier les prestations qu'à un prestataire déterminé ou lorsque celui-ci a des droits d'exclusivité.

Toutefois, le simple fait qu'une société soit propriétaire d'un titre ne dispense pas une ville d'une mise en concurrence pour l'édition de son bulletin municipal, son besoin étant de réaliser un magazine, quel que soit le support, et ce support ne pouvant être prédésigné par la détention de droits exclusifs. La cour d'appel a considéré que l'élément intentionnel résidait dans le fait que ces mêmes faits avaient déjà donné lieu à la rédaction d'un rapport de la DDCCRF et qu'à cette occasion l'attention des élus avait été attirée sur le principe d'une mise en concurrence. Au surplus, étant maire depuis trente ans, l'élu ne pouvait ignorer les règles applicables.

Crim. 17 décembre 2008 – (en attente de publication au Bull. crim)

Pour déclarer un président d'université coupable pour avoir procuré à autrui un avantage injustifié en s'abstenant de toute mise en concurrence, alors que les textes légaux l'imposaient, une cour d'appel a justement considéré que comme président d'université, le prévenu avait la qualité d'ordonnateur principal. À ce titre, il élaborait le budget de l'établissement qui intègre ceux des instituts et des unités de formation et de recherche et pouvait constater que le montant des dépenses relatives aux services des traiteurs dépassait le seuil légal de 90 000 €. Au vu de ce montant, il lui appartenait de mettre en place une procédure de mise en concurrence et de ne plus recourir à la procédure de gré à gré. En continuant de recourir à cette procédure, le président d'université a procuré au prestataire de service un avantage injustifié.

Sur la prescription, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui fait partir le délai de prescription, lorsque les actes ont été dissimulés, à compter du jour où ils sont apparus ou ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

ATTEINTE À L'AUTORITÉ DE L'ÉTAT

Crim. 22 octobre 2008 – (en attente de publication au Bull. crim).

Tout élu municipal, de par sa qualité d'élu, a l'impérieuse obligation de veiller à la parfaite neutralité des décisions prises, notamment en matière d'allocation de subventions.

En participant aux votes ou aux délibérations concernant les subventions versées par une commune à des associations dont ils étaient présidents, les élus participent ou peuvent participer nécessairement à une rupture de l'égalité et se rendent coupables d'une prise illégale d'intérêts.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a considéré que cette infraction, qualifiée de délit d'obstacle, ne nécessite pas que l'élu ait retiré de l'opération prohibée un bénéfice quelconque, ni que la collectivité ait souffert d'un quelconque préjudice.

S'agissant de l'élément moral, la cour d'appel rappelle que l'article 432-12 du Code pénal n'exige aucun dol spécial, ce qui implique que seul le dol général est nécessaire. Dès lors, l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'élu a accompli sciemment l'acte constituant la matérialité du délit de prise illégale d'intérêts ; qu'en sa qualité, il savait nécessairement qu'en participant à une délibération ou à un vote concernant son association, il pouvait favoriser cette dernière au détriment des autres associations.

ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION NON PUBLIÉS

CONCUSSION

Crim. 28 mai 2008

Une cour d'appel fait une stricte application du droit en considérant que les honoraires des mandataires judiciaires ne peuvent être assimilés à des droits ou contributions, impôts ou taxes et ne peuvent être retenus comme éléments constitutifs du délit de concussion.

Crim. 3 décembre 2008

La prescription en matière de concussion ne commence à courir qu'à compter de la dernière perception des sommes indues lorsque ces perceptions résultent d'opérations indivisibles ; que si ont ce caractère les promotions dont a bénéficié une fonctionnaire ainsi que le cumul du régime indemnitaire afférent au grade d'attaché territorial et à l'emploi fonctionnel de secrétaire général d'une commune, doivent être considérés comme des perceptions résultant d'actes divisibles le cumul des rémunérations entre l'emploi de secrétaire général de mairie et celui de secrétaire d'un syndicat intercommunal.

CORRUPTION PASSIVE ET TRAFIC D'INFLUENCE

Crim. 1er avril 2008

Une cour d'appel fonde sa décision en condamnant pour des faits de corruption passive un fonctionnaire de police qui, en échange de l'usage de véhicules de luxe, accomplissait des actes de sa fonction ou facilités par sa fonction, en l'espèce :

- vérifications pour le compte d'un garagiste sur le fichier national automobiles ;
- questionnement d'un commissaire sur l'opportunité de convoquer le garagiste, alors qu'il faisait l'objet d'une enquête relative à la vente de véhicules au compteur kilométrique truqué ;
- réquisition au service des cartes grises.

Crim. 14 mai 2008

Si l'exception de prescription est d'ordre public et peut, à ce titre, être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, c'est à la condition que se trouvent, dans les constatations des juges du fond, les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur. En l'absence de telles constatations, qu'il appartient au besoin au demandeur de provoquer, le moyen soulevé ne peut qu'être écarté.

Crim. 28 mai 2008

Pour condamner une personne publique pour une faute personnelle détachable du service à des dommages-intérêts, une cour d'appel a justement exposé qu'en sa qualité de responsable d'une sous-subdivision au sein de la direction générale de l'architecture et des bâtiments communaux d'une ville, elle était chargée de suivre les opérations d'entretien et les travaux concernant les bâtiments communaux et de viser différents documents à caractère technique et financier. Qu'elle avait profité de ces fonctions pour apposer sa signature sur certificats de paiement destinés à une société dirigée par une personne avec laquelle elle s'était liée. Qu'elle reconnaissait n'avoir nullement vérifié s'ils correspondaient à des travaux réels et que ces faux documents avaient permis à la société de se faire financer par une société d'affacturage.

La personne publique a ainsi profité de ses fonctions et de son pouvoir pour satisfaire un intérêt personnel étranger au service, dans le cas présent faire plaisir à un ami, comportement qui présente le caractère d'une faute non dépourvue de tout lien avec le service mais néanmoins détachable du service.

Crim. 3 décembre 2008

Une cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, caractérisé les éléments, tant matériels qu'intentionnels, du délit de corruption passive en décidant :

- que la personne publique, en l'espèce le président d'une régie immobilière, avait demandé des rabais très importants aux entreprises pressenties pour des travaux de réhabilitation de bâtiments publics ;
- qu'elle leur avait indiqué qu'elle leur « renverrait l'ascenseur » ;
- que pour ce faire elle avait mis en place un dispositif permettant aux sous-traitants de l'entreprise retenue de compenser la sous-évaluation d'un chantier en facturant des prestations effectuées mais en réalité inexistantes dans le cadre d'autres chantiers ;

– que tant la personne publique que les entreprises ont reconnu les faits permettant ainsi de prouver l'existence du pacte de corruption et la condamnation de la personne publique pour des faits de corruption passive.

ATTEINTE À LA LIBERTÉ D'ACCÈS ET À L'ÉGALITÉ DES CANDIDATS DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Crim. 23 janvier 2008

Justifie sa décision la cour d'appel qui considère qu'est constitutif d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique, de prendre l'initiative de demander à une société de modifier les conclusions de son rapport pour la présenter à égalité avec une autre entreprise alors qu'elle ne pouvait y prétendre au terme de l'analyse et du classement établi en fonction des différents critères définis dans le règlement de la consultation.

Une telle modification ne peut être considérée comme purement rédactionnelle puisqu'elle a changé la portée du rapport d'analyse provisoire, procurant ainsi un avantage injustifié à une société privée.

La mauvaise foi de la personne dépositaire de l'autorité publique est avérée, entre autres, par le fait qu'elle a agi à l'insu de la personne responsable du marché qui présidait la commission d'appel d'offres, alors qu'en sa qualité de représentant de l'administration municipale intéressée à l'exécution du marché, elle pouvait légitimement établir une note administrative ou s'exprimer oralement lors de la commission d'appel d'offres à laquelle elle assistait même si elle ne disposait pas d'un droit de vote.

Crim. 23 janvier 2008

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a considéré que les éléments constitutifs du délit d'atteinte à l'accès et à l'égalité des candidats aux marchés publics étaient réunis à l'encontre d'une personne qui, en sa qualité de directeur opérationnel d'une société d'économie mixte, alors qu'elle était gérante d'une SARL, a participé au choix d'entreprises bénéficiaires de marchés publics alors que sa SARL était concernée, a été associée à la décision de fractionner les marchés et a ainsi participé au non-respect délibéré du Code des marchés publics.

Crim. 5 novembre 2008

La mauvaise foi d'un maire est caractérisée par le fait qu'il s'est adressé directement à une entreprise pour qu'elle exécute des travaux d'un montant dépassant de 155 % le montant autorisé par le budget, n'a pas recouru à la procédure obligatoire de mise en concurrence alors que le coût des travaux l'exigeait et a profité des travaux qu'elle effectuait pour la commune pour lui faire achever sa piscine privée, commettant en plus une infraction de prise illégale d'intérêts.

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS ET DÉTOURNEMENT DE FONDS PUBLICS

Crim. 6 février 2008

Une cour d'appel saisie des faits de prise illégale d'intérêts et qui constate que les éléments tant matériels que moraux de ce délit sont réunis n'a pas à rechercher si les faits pouvaient aussi être également poursuivis sous la qualification de concussion.

En l'espèce, le prévenu en sa qualité de directeur d'une maison de retraite, donc chargé d'une mission de service public, a pris, reçu ou conservé un intérêt quelconque dans un établissement public de santé en procédant ou en faisant procéder à des attributions de primes et indemnités irrégulières en sa faveur, notamment par l'intermédiaire de son adjointe et maîtresse de l'époque, qu'il a aussi fait bénéficier de primes irrégulières, ainsi que par l'influence qu'il exerçait sur certains membres du conseil d'administration.

Crim. 20 février 2008

Les dispositions de l'article 241-2-1 du Code des juridictions financières qui autorise le procureur de la République à transmettre au commissaire du gouvernement d'une chambre régionale des comptes, d'office ou à la demande de ce dernier, la copie de toutes pièces d'une procédure judiciaire relative à des faits de nature à constituer des irrégularités dans les comptes ou la gestion des collectivités ou organismes relevant de la compétence de cette chambre ne sont ni contraires aux dispositions des articles 80 et 82 du Code de procédure pénale, ni au droit à un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au contraire, l'avis du commissaire du gouvernement quant à la régularité au regard de la réglementation des marchés publics des opéra-

tions passées entre les collectivités publiques et des sociétés privées ne se situe pas en dehors de la saisine d'un juge d'instruction mais entre parfaitement dans son office dès lors qu'il lui appartient de déterminer si les membres des structures publiques ont respecté les procédures légales. En effet, pour être éclairé sur une question technique, un juge d'instruction n'est pas tenu de recourir à une expertise mais peut entendre un spécialiste ou se faire communiquer un avis que les dispositions législatives autorisent une autorité publique à formuler.

CORRUPTION DES PERSONNES N'EXERÇANT PAS UNE FONCTION PUBLIQUE

Crim. 9 décembre 2008

Considère que c'est à bon droit que la chambre de l'instruction d'une cour d'appel a confirmé une ordonnance de non-lieu au motif qu'il était reproché à la personne n'exerçant pas une fonction publique d'avoir menacé un client de mesures de rétorsion pour l'amener à lui « céder » une partie de son chiffre d'affaires, alors que les dispositions des articles 445-1 et 445-2 du Code pénal supposent des offres, promesses, dons, présents ou avantages sollicités ou agréés par une personne pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

CONSEIL D'ÉTAT

Sommaire : TVA – droit à déduction – prestations fictives – commissions versées par des entreprises en vue de l'obtention de marchés publics.

Résumé : Par arrêt n° 283014 du 6 octobre 2008, publié sur le site de Légifrance, le Conseil d'État a accueilli le pourvoi formé par la Société coopérative ouvrière de production Union technique du bâtiment (SCOPUTB).

Sur le fond, le Conseil d'État a estimé que la société devait être considérée comme ayant établi la réalité des prestations ayant donné lieu au versement d'honoraires à deux sociétés prestataires de service ayant servi d'intermédiaires au motif que :
- d'une part, eu égard à leur caractère immatériel et confidentiel ces prestations ne pouvaient donner lieu à l'établissement d'autres documents que ceux qui ont été produits ;
- d'autre part, que le versement de ces honoraires était une condition pour l'obtention de marchés qui lui ont été finalement attribués et dont le montant représentait une part importante de son chiffre d'affaires annuel.

Pour justifier sa décision, le Conseil d'État a ajouté que sans l'assistance de ces intermédiaires la SCOPUTB n'aurait pas été en mesure de soumissionner puis d'entretenir des relations régulières avec les maîtres d'ouvrage et que la notoriété et le savoir-faire qu'elle avait acquis grâce à l'obtention de ces marchés lui ont permis d'obtenir de nouveaux contrats.

Le : 20/05/2009

Conseil d'État

N° 283014

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

8e et 3e sous-sections réunies

M. Stirn, président

M. Jérôme Michel, rapporteur

Mme Escaut Nathalie, commissaire du gouvernement

SCP WAQUET, FARGE, HAZAN, avocat(s)

lecture du lundi 6 octobre 2008

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu le pourvoi et le mémoire complémentaire, enregistrés les 25 juillet et 21 novembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT (SCOP UTB) dont le siège social est situé 159, avenue Jean Lolive à Pantin (93500); la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt du 23 mai 2005 de la cour administrative d'appel de Paris par lequel, sur recours du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, après avoir annulé le jugement du 26 juin 2001 par lequel le tribunal administratif de Paris a prononcé la décharge d'une part, à concurrence respectivement de 292 486 F et 69 706 F, des compléments de taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts de retard correspondants au titre de la période du 1er janvier 1991 au 31 décembre 1992 et, d'autre part, des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés auquel elle a été assujettie au titre de l'année 1991, a rétabli ces impositions ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel du ministre ;

3°) de mettre à la charge de l'État une somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le Code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu le Code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

– le rapport de M. Jérôme Michel, maître des requêtes,

– les observations de la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT,

– les conclusions de Mme Nathalie Escaut, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT (SCOP UTB), qui a pour activité la couverture, la plomberie et le génie climatique, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos en 1991 et 1992 à l'issue de laquelle l'administration fiscale a, d'une part, réintégré aux bénéfices imposables le montant d'hono-

raires de courtage réglés aux sociétés Communication Information Agreements (CIA) et Agence européenne d'affaires (AEA) en rémunération de prestations relatives à des études techniques et commerciales sur des marchés de travaux correspondant à ses activités, à la préparation de dossiers de candidature à ces marchés et à la représentation éventuelle de l'entreprise auprès du maître d'ouvrage en vue de leur conclusion, d'autre part, refusé la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée afférente à ces factures; que la SCOP UTB se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 23 mai 2005 par lequel, sur le recours du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, la cour administrative d'appel de Paris a rétabli les compléments de taxe sur la valeur ajoutée et les cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés dont le tribunal administratif de Paris avait prononcé la décharge;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi;

Considérant que lorsque le juge d'appel, saisi par le défendeur de première instance, censure le motif retenu par les premiers juges, il lui appartient, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner l'ensemble des moyens présentés par l'intimé en première instance, alors même qu'ils ne seraient pas repris dans les écritures produites, le cas échéant, devant lui, à la seule exception de ceux qui auraient été expressément abandonnés en appel;

Considérant que, statuant dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, la cour, après avoir censuré le motif du jugement du tribunal administratif de Paris qui constituait le soutien nécessaire des articles 1er et 2 du dispositif du jugement attaqué devant elle, n'a pas fait une inexacte application de ces règles, dès lors qu'avant de faire droit au recours du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, elle a jugé que la société n'avait invoqué aucun autre moyen au soutien de ses demandes, tant en première instance qu'en appel; que toutefois, en statuant ainsi alors qu'il ressortait des pièces de son dossier que la SCOP UTB avait soulevé en première instance un autre moyen tiré de l'irrégularité de la procédure d'imposition, la cour a dénaturé les écritures de la société requérante; que, par suite, la SCOP UTB est fondée à demander pour ce motif l'annulation de l'arrêt de la cour;

Considérant qu'en application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond;

Considérant, d'une part, qu'en vertu des dispositions combinées des articles 271, 272 et 283 du Code général des impôts et de l'article 230 de l'annexe II à ce code, un contribuable n'est pas en droit de déduire de la taxe sur la valeur ajoutée dont il est redevable à raison de ses propres opérations la taxe mentionnée sur une facture établie à son

nom par une personne qui ne lui a fourni aucun bien ou aucune prestation de services ; que dans le cas où l'auteur de la facture était régulièrement inscrit au registre du commerce et des sociétés et assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée, il appartient à l'administration, si elle entend refuser à celui qui a reçu la facture le droit de déduire la taxe qui y était mentionnée, d'établir qu'il s'agissait d'une facture fictive ou d'une facture de complaisance ; que si l'administration apporte des éléments suffisants permettant de penser que la facture ne correspond pas à une opération réelle, il appartient alors au contribuable d'apporter toutes justifications utiles sur la réalité de cette opération ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 39 du Code général des impôts, rendu applicable à l'impôt sur les sociétés par l'article 209 du même code : 1. Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant... notamment : 1° Les frais généraux de toute nature... ; que si, en vertu des règles gouvernant l'attribution de la charge de la preuve devant le juge administratif, applicables sauf loi contraire, il incombe, en principe, à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ; qu'il appartient, dès lors, au contribuable, pour l'application des dispositions précitées du Code général des impôts, de justifier tant du montant des charges qu'il entend déduire du bénéfice net défini à l'article 38 du Code général des impôts que de la correction de leur inscription en comptabilité, c'est-à-dire du principe même de leur déductibilité ; que le contribuable apporte cette justification par la production de tous éléments suffisamment précis portant sur la nature de la charge en cause, ainsi que sur l'existence et la valeur de la contrepartie qu'il en a retirée ; que dans l'hypothèse où le contribuable s'acquitte de cette obligation, il incombe ensuite au service, s'il s'y croit fondé, d'apporter la preuve de ce que la charge en cause n'est pas déductible par nature, qu'elle est dépourvue de contrepartie, qu'elle a une contrepartie dépourvue d'intérêt pour le contribuable ou que la rémunération de cette contrepartie est excessive ; qu'en vertu de ces principes, lorsqu'une entreprise a déduit en charges une dépense réellement supportée, conformément à une facture régulière relative à un achat de prestations ou de biens dont la déductibilité par nature n'est pas contestée par l'administration, celle-ci peut demander à l'entreprise qu'elle lui fournisse tous éléments d'information en sa possession susceptibles de justifier la réalité et la valeur des prestations ou biens ainsi acquis ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que les honoraires en litige ont été versés par la SCOP UTB en exécution de conventions de courtage conclues avec les sociétés AEA et CIA, régulièrement inscrites

au registre du commerce et des sociétés et assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée, et en vertu desquelles ces sociétés apportaient à la société requérante leur assistance technique et commerciale pour l'attribution de marchés, moyennant le versement d'honoraires fixés en pourcentage du prix des marchés obtenus et qui avaient été payés sur la base de mémoires et factures régulièrement établis conformément aux stipulations de ces conventions ;

Considérant que, pour regarder les prestations facturées comme ne correspondant à aucune prestation effectivement réalisée, l'administration se borne à soutenir que la SCOP UTB n'a présenté lors du contrôle sur place aucune pièce susceptible de justifier de la réalité et de la nature des interventions des sociétés AEA et CIA au titre des missions d'assistance et de conseil dans l'organisation et la constitution de dossiers de soumission aux marchés publics, alors que, en vue de la transmission à la contribuable de tous les renseignements indispensables à la conclusion des contrats, ces missions devaient nécessairement conduire à un échange de courriers, à l'établissement de compte rendu de réunions ou de notes de missions ; que, cependant, la société soutient, sans être contredite, en premier lieu que le versement de ces honoraires était une condition pour l'obtention des marchés et que ceux-ci lui ont été finalement attribués, en deuxième lieu que leur montant représentait une part importante de son chiffre d'affaires annuel, en troisième lieu que, sans l'assistance de ces intermédiaires, elle n'aurait pas été en mesure de soumissionner puis d'entretenir des relations régulières avec les maîtres d'ouvrage, et enfin que la notoriété et le savoir-faire qu'elle a acquis grâce à l'obtention de ces marchés lui ont permis d'obtenir de nouveaux contrats ; qu'elle fait valoir qu'eu égard à leur caractère immatériel et confidentiel, ces prestations ne pouvaient donner lieu à l'établissement d'autres documents que ceux qui ont été produits ; que, dans ces conditions, elle doit être regardée comme ayant établi la réalité de ces prestations ; que, par suite, les honoraires que la SCOP UTB a payés à ces sociétés étaient déductibles de ses résultats et la société était en droit de déduire de la taxe sur la valeur ajoutée dont elle était redevable à raison de ses propres opérations la taxe dont ces honoraires ont été grevés ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le recours du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ne peut qu'être rejeté ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative :

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'État une somme de 3000 euros au titre des frais exposés par la société SCOP UTB et non compris dans les dépens ;

D É C I D E :

– -------------

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 23 mai 2005 est annulé.

Article 2 : Le recours du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie devant la cour administrative d'appel de Paris est rejeté.

Article 3 : L'État versera à la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT une somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE OUVRIÈRE DE PRODUCTION UNION TECHNIQUE DU BÂTIMENT et au ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique.

TEXTES RÉGLEMENTAIRES

AFSAPS (AGENCE FRANÇAISE DE SÉCURITÉ SANITAIRE DES PRODUITS DE SANTÉ)

Déclaration d'intérêts des personnels de l'AFSSAPS

– loi nº 2007-248 du 26 février 2007

– Article L. 5323-4 du Code de la santé publique

Indemnisation des experts externes

– articles D. 5321-7 à D. 5321-12 du Code de la santé publique

– arrêté du 2 juillet 2003

– délibération du conseil d'administration nº 2006-02 du 15 février 2006

– Décision DG nº 2006-13 du 21 mars 2006 fixant les modalités d'attributions des vacations aux présidents, membres et experts externes de certaines instances siégeant auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé

AFSSA (AGENCE FRANÇAISE DE SÉCURITÉ SANITAIRE DES ALIMENTS)

Indemnisation des experts externes

– article R. 1323-29 du Code de la santé publique, les conditions de rémunération des experts sont définies par le conseil d'administration de l'Agence.

AFSSET (AGENCE FRANÇAISE DE SÉCURITÉ SANITAIRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU TRAVAIL)

– loi nº 98-535 du 1 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme ;

– directive du Parlement européen et du Conseil nº 98/8/CE du 16 février 1998 concernant la mise sur le marché des produits biocides

– article R. 1336-2 du Code de la santé publique

– article R. 1336-20 du Code la santé publique prévoit la création de comités d'experts spécialisés

AGENCE DE LA BIOMÉDECINE

– article L. 1418-4 du Code de la santé publique portant création d'un conseil d'orientation qui veille à la qualité de son expertise médicale et scientifique en prenant en considération des questions éthiques.

– article L. 2131-4-1 du Code de la santé publique

– article L. 1418-6 du Code de la santé publique (secret professionnel)

– articles 226-13 et 226-14 du Code pénal

– article 432-12 du Code pénal

CAISSE NATIONALE DE L'ASSURANCE MALADIE DES TRAVAILLEURS SALARIÉS

– loi du 13 août 2004 (art. 1er insérant l'article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale)

– article 432-12 du Code pénal

– le praticien conseil ne peut aliéner son indépendance (articles R. 4127-5 ; R. 4127-209 et R. 4235-3 du Code de santé publique)

– ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services (articles R. 4127-105 et R. 4127-256 du Code de santé publique)

HAS (HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ)

– loi du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie et son décret d'application du 26 octobre 2004 relatif à la Haute Autorité de santé

– article 5323-4 du Code de la santé publique

– articles L. 161-44 et R. 161-84 à R. 161-86 du Code de la sécurité sociale

– article 25 du statut général des fonctionnaires

– décision n° 2006-12-044/SG portant création d'un groupe déontologie et indépendance de l'expertise et nomination de ses membres

INPES (INSTITUT NATIONAL DE PRÉVENTION ET D'ÉDUCATION POUR LA SANTÉ)

– article L. 1417-7 du Code de la santé publique, les agents employés par l'institut sont régis par les dispositions des articles L. 5323-1 à L. 5323-4 du CSP

– articles 226-13 et 226-14 du Code pénal (secret professionnel)

Les sanctions

– Article 226-13 du Code pénal

– Article 432-12 du Code pénal

– Article 432-14 du Code pénal

INRA (INSTITUT NATIONAL DE LA RECHERCHE AGRONOMIQUE)

– l'expertise est régie par une Charte de l'expertise scientifique

INVS (INSTITUT DE VEILLE SANITAIRE)

– article L. 1413-2 du Code de la santé publique

– importante expertise interne, peu d'experts extérieurs

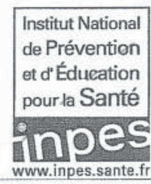
– déclaration publique d'intérêt

IRSN (INSTITUT DE RADIOPROTECTION ET DE SÛRETÉ NUCLÉAIRE)

– charte de déontologie

– groupes d'experts qui formulent avis et recommandations. Contrôle de deuxième niveau

GUIDE DÉONTOLOGIQUE DES INTERVENANTS EXTÉRIEURS DE L'INPES



GUIDE DEONTOLOGIQUE DES INTERVENANTS EXTÉRIEURS DE L'INPES

Les règles déontologiques objet du présent document s'imposent aux intervenants extérieurs intuitu personae dans le cadre de leur mission, indépendamment de celles qui pourraient régir les autres fonctions qu'ils exercent par ailleurs.

Pendant toute la durée de leur mission auprès de l'INPES, ils ne dépendent pour l'exécution de cette mission que des règles de l'Institut. Le directeur général est l'autorité dont ils dépendent ; il définit les principes de leur mission et ses instructions en déterminent le déroulement. Leur rattachement hiérarchique dans d'autres fonctions ne peut y faire obstacle.

Ces règles déontologiques ont pour objet de garantir leur indépendance, notamment intellectuelle, à l'égard des intérêts particuliers mis en cause par les sujets traités dans le cadre de leurs missions à l'INPES. Le présent guide commente et explicite les règles déontologiques afin de faciliter leur application.

Les intervenants extérieurs auprès de l'INPES sont regardés, par leur nomination intuitu personae et pour l'exécution de leur mission, comme des collaborateurs d'une mission de service public, qu'ils soient ou non par ailleurs fonctionnaires ou agents publics.

A ce titre, ils sont tenus d'observer les règles déontologiques légales et réglementaires qui s'imposent à tous les agents publics, mais bénéficient également de la protection et des droits reconnus à ceux-ci.

1

SOMMAIRE

2

1 – La protection de l'intervenant extérieur

Le principe général est que les fautes de l'établissement public n'engage que sa responsabilité, à l'exclusion de la responsabilité personnelle de ses collaborateurs, sauf lorsque ceux-ci ont également commis une faute personnelle résultant en général de la violation de l'une des règles déontologiques énoncées dans le présent guide.

Si la responsabilité personnelle d'un intervenant extérieur est mise en cause (par voie de presse, de poursuites, etc.) l'Institut lui garantit deux protections :

- la protection juridique : l'Institut prendra en charge sa défense et pourra porter plainte en lieu et place de l'agent ou pourra se constituer partie civile sur la plainte de l'intervenant extérieur ;
- la protection financière : l'Institut garantira l'intervenant extérieur de toute condamnation financière, et l'indemnisera des préjudices subis.

2 – Les règles déontologiques

A - La discrétion professionnelle

Cette obligation impose aux intervenants extérieurs de ne pas divulguer d'informations ou d'indications relatives à leur mission.

Ainsi, la réunion d'un groupe, les opinions émises en son sein, le fait qu'un rapport ait été transmis, le sens de ses conclusions, la méthode de travail, sont autant d'éléments, parmi d'autres, qui sont soumis à l'obligation de discrétion.

Elle impose aux intervenants extérieurs de ne pas en faire état publiquement, afin de ne pas nuire au bon fonctionnement de l'Institut, et, plus généralement, des administrations et structures avec lesquelles il coopère.

Cette obligation ne peut être enfreinte, notamment, au profit de leur hiérarchie habituelle, comme de tout tiers (personne extérieure à l'Institut et non habilitée à connaître de ses travaux).

Sa principale traduction est l'interdiction absolue et permanente de toute déclaration à la presse, ou de toute publication, même une fois la mission achevée, relative à la mission accomplie. Des publications, notamment scientifiques, demeurent possibles, sous réserve d'une autorisation préalable écrite de l'Institut, qui ne pourra la refuser sans motif valable. Toute publication faisant état de leur qualité d'intervenant extérieur de l'Institut doit lui être communiquée au préalable et être éventuellement assortie de la mention qu'elle ne représente qu'une opinion personnelle de l'auteur

Cas particulier : le secret professionnel concerne tous les faits signalés par l'Institut ou ses représentants, dont les intervenants extérieurs ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions

L'obligation de le respecter est générale et absolue. Ainsi, les intervenants extérieurs ne peuvent s'en exonérer dans l'exercice d'autres fonctions, même sur demande de leur hiérarchie. La circonstance que tout ou partie des faits couverts par ce secret devienne partiellement ou totalement public, légalement ou illégalement, ne fait pas non plus cesser l'obligation de secret.

B - **Le devoir de réserve**

Il impose à tout intervenant extérieur une restriction dans la participation, à titre personnel, au débat public lorsque les faits et agissements concernant sa mission sont en cause. ; l'"intervenant extérieur doit ainsi normalement s'abstenir de toute appréciation critique ou prise de position de nature à porter atteinte au service public auquel il collabore.

Il ne porte évidemment pas atteinte à la liberté d'opinion, mais impose des restrictions sur la liberté d'expression. L'expression publique, sur les sujets touchant aux missions de l'Institut, doit être cohérente avec ses avis et ne doit pas porter atteinte à ses intérêts.

C - **L'impartialité**

L'intervenant extérieur doit s'efforcer de traiter avec la plus grande neutralité les questions qui lui sont soumises, en ne recourant qu'aux critères d'appréciation de sa discipline, et en s'interdisant de faire prévaloir ses opinions personnelles ou ses sentiments.

3 – La déclaration publique d'intérêts

L'article L.5323-4 du code de la santé publique précise les dispositions relatives à l'indépendance des personnes collaborant occasionnellement aux travaux de l'INPES.

Ces personnes adressent au Directeur général de l'Institut, à l'occasion de leur nomination ou de leur entrée en fonctions, une déclaration (cf. document joint). Cette déclaration est rendue publique et est actualisée à leur initiative dès qu'une modification intervient concernant ces liens ou que de nouveaux liens sont noués.

Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur concernant tout lien avec une entreprise ou un établissement dont les activités entrent dans le champ de compétence de l'Institut. Le devoir d'information par cette déclaration porte sur l'ensemble des intérêts, liens ou faits susceptibles de faire naître un risque de conflits d'intérêts ou une incompatibilité entre les missions de l'intervenant extérieur à l'Institut et ses activités extérieures.

La déclaration publique d'intérêts est actualisée à l'initiative de son rédacteur initial, dès qu'une modification intervient concernant les liens déclarés ou que de nouveaux liens sont noués.

La déclaration est publique ; elle présente le caractère de document administratif accessible à quiconque en fait la demande au Directeur général

4 – Sanctions

Le manquement aux obligations ci-dessus expose l'intervenant extérieur à des sanctions pénales.

Date :

Signature de l'intervenant extérieur

4

GUIDE DÉONTOLOGIQUE DES EXPERTS DE L'AFSSET

GUIDE DÉONTOLOGIQUE

DES EXPERTS DE L'AFSSET

SOMMAIRE

PRÉAMBULE

Les règles déontologiques objet du présent document s'imposent aux experts *intuitu personae* dans le cadre de leur mission, indépendamment de celles qui pourraient régir les autres fonctions qu'ils exercent par ailleurs. Pendant toute la durée de leur mission auprès de l'Afsset, ils ne dépendent pour l'exécution de cette mission que des règles de l'agence. Son directeur général est l'autorité dont ils dépendent ; il définit les principes de leur mission et ses instructions en déterminent le déroulement. Leur rattachement hiérarchique dans d'autres fonctions ne peut y faire obstacle. Ces règles déontologiques ont pour objet de garantir leur indépendance, notamment intellectuelle, à l'égard des intérêts particuliers mis en cause par les sujets traités dans le cadre de leurs missions à l'Afsset.
Le présent guide commente et explicite les règles déontologiques afin de faciliter leur application.

Les experts auprès de l'Afsset sont regardés, par leur nomination *intuitu personae* et pour l'exécution de leur mission comme des collaborateurs d'une mission de service public, qu'ils soient ou non par ailleurs fonctionnaires ou agents publics. A ce titre, ils sont tenus d'observer les règles déontologiques légales et réglementaires qui s'imposent à tous les agents publics, mais bénéficient également de la protection et des droits reconnus à ceux-ci.

1 – Protection de l'agent

Le strict respect des principes déontologiques exposés aux paragraphes 2 et 3 ci-après limite considérablement les risques juridiques encourus dans l'exercice des missions. Toutefois, la sensibilité des activités de l'agence peut en théorie l'exposer, et avec elle ses agents, à des mises en cause de diverses natures, notamment pénales.

Le principe général est que les fautes de l'établissement public n'engage que sa responsabilité, à l'exclusion de la responsabilité personnelle de ses agents, sauf lorsque ceux-ci ont également commis une faute personnelle résultant en général de la violation de l'une des règles déontologiques énoncées dans le présent guide.
Si la responsabilité personnelle d'un agent est mise en cause (par voie de presse, de poursuites, etc.) l'agence est tenue de lui offrir deux protections :
- <u>protection juridique</u> : l'agence prendra en charge sa défense et pourra porter plainte en lieu et place de l'agent ou pourra se constituer partie civile sur la plainte de l'agent;

- <u>protection financière</u> : l'agence garantira l'agent de toute condamnation financière, et l'indemnisera des préjudices subis.

2 – Les règles déontologiques

a. Le secret professionnel

Il concerne tous les faits, donnés comme secret par l'agence ou ses représentants, dont les experts ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, ayant trait notamment au secret médical, au secret industriel et commercial, au secret défense.

Ces faits couverts par le secret professionnel s'étendent aux travaux produits par les experts ou par le groupe au sein duquel ils travaillent.

L'obligation de le respecter est générale et absolue[1]. Ainsi, les experts ne peuvent s'en exonérer dans l'exercice d'autres fonctions, même sur demande de leur hiérarchie. La circonstance que tout ou partie des faits couverts par ce secret devienne partiellement ou totalement public, légalement ou illégalement, ne fait pas non plus cesser l'obligation de secret.

b. La discrétion professionnelle

Cette obligation impose aux experts de ne pas divulguer d'informations ou d'indications relatives à leur mission.

Ainsi, la réunion d'un groupe, les opinions émises en son sein, le fait qu'un rapport ait été transmis, le sens de ses conclusions, la méthode de travail, sont autant d'éléments, parmi d'autres, qui, s'ils ne sont pas couverts par le secret, sont soumis à l'obligation de discrétion. Elle impose aux experts de ne pas en faire état publiquement, afin de ne pas nuire au bon fonctionnement de l'agence, et, plus généralement, des administrations avec lesquelles elle coopère.

Cette obligation ne peut être enfreinte, notamment, au profit de leur hiérarchie habituelle, comme de tout tiers (personne extérieure à l'agence et non habilité à connaître de ses travaux).

Sa principale traduction est l'interdiction absolue et permanente de toute déclaration à la presse, ou de toute publication, même une fois la mission achevée, relative à la mission accomplie. Bien entendu, des publications, notamment scientifiques, demeurent possibles, mais doivent faire l'objet d'une autorisation préalable écrite de l'agence, qui ne pourra la refuser sans motif valable. Si le texte fait état de leur qualité d'expert auprès de l'agence, il

[1] **Article 226-13 du code pénal :** La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

AVIS N°4/2008
du groupe déontologie et indépendance de l'expertise
de la Haute Autorité de Santé

Saisi d'une question (cas n°4/2008) le 7 octobre 2008, le groupe déontologie et indépendance de l'expertise a adopté l'avis ci-après.

Le groupe devait répondre à la question suivante posée par le Directeur de la HAS :

Contexte :

Le professeur X est membre d'un groupe de travail de la HAS, constitué dans le but de réviser cette ligne générique à la Liste des Produits et Prestations Remboursables.

Le travail du groupe a été présenté à la Commission d'évaluation des produits et prestations de la HAS. La Commission doit rendre un avis définitif sur le sujet.

Dans une revue professionnelle, le professeur X détaille, en sa qualité de président d'une société savante, le résultat des travaux réalisés par le groupe de travail de la HAS et affirme notamment *que le travail a été modifié à l'insu des experts.*
Il cite également le nom des différents produits et laboratoires que le groupe de travail avait décidé d'inscrire en nom de marque, avec l'obligation de débuter une étude clinique.

Cette publication a lieu avant la fin de la phase contradictoire du groupe de travail et avant que la commission de la HAS ait rendu un avis, et sans aucune autorisation de la part de la HAS.

La HAS a contacté l'éditeur de la revue dès sa publication.
Celui-ci a proposé de publier un « droit de réponse » rédigé par la HAS.
Le Professeur X a ensuite envoyé un courrier à la HAS pour expliquer les raisons pour lesquelles il s'était cru délivré de ses obligations de confidentialité.

Question :

Le groupe déontologie et indépendance de l'expertise estime-t-il opportun d'intenter une action en justice à l'encontre du professeur X ?

En préambule, le groupe rappelle que les experts apportant leur concours à la HAS sont tenus au secret et à la discrétion professionnels en application des textes suivants :

- **l'article R 161-85 du code de la sécurité sociale** précise que « *les personnes collaborant aux travaux de la HAS, les experts mentionnés à l'article L 1414-4 du code de la santé publique, les personnes qui apportent leur concours au collège ou aux commissions spécialisées ... sont soumises aux obligations énoncées au 1° de l'article R 161-84.* »

- **l'article R 161-84 1° du code de la sécurité sociale** dispose que « *Les agents de la Haute Autorité sont tenus au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles qui sont définies à l'article 26 du titre Ier du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales* ».

1

f. Le devoir d'impartialité

L'expert doit s'efforcer de traiter avec la plus grande neutralité les questions qui lui sont soumises, en ne recourant qu'aux critères d'appréciation de sa discipline scientifiques, et en s'interdisant de faire prévaloir ses opinions personnelles ou ses sentiments.

Ce devoir impose notamment à l'expert d'examiner si les conditions dans lesquelles il exerce sa mission lui permettent de s'en acquitter. Si les relations personnelles qu'il entretient avec une personne, physique ou morale, intervenant dans le champ de sa mission y font obstacle, ou si par le passé il a eu à connaître de questions analogues, il doit vérifier que ces faits ne sont pas de nature à biaiser ses appréciations (quel que soit le sens de ce biais), et, dans le doute, le signaler à l'agence. L'important dans ce cas est moins la réalité du biais pouvant résulter de ces éléments que la perception de son existence par des tiers. La moindre suspicion, établie sur des faits (tel expert a eu un différend par le passé avec telle personne, tel expert s'est exprimé sur un événement ou a participé à telle action) suffit à regarder comme établi le risque d'un manquement à l'impartialité. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'établir le manquement lui-même, le risque de sa survenance peut suffire à vicier tous les actes accomplis par l'expert dans l'exercice de sa mission, et à entraîner l'irrégularité des procédures auxquelles il a participé.

g. Obligation de « meilleurs efforts »

L'expert est tenu, dans le cadre de la mission, et compte tenu des moyens à sa disposition, de faire ses meilleurs efforts pour se consacrer à sa mission et effectuer les tâches qu'elle comporte. Il s'ensuit que l'obligation de l'agent public porte sur les moyens, non sur les résultats. Dès lors qu'il peut établir avoir fait ses meilleurs efforts, il ne peut lui être imputé la faute d'avoir abouti à un résultat erroné. Il est donc très important, pour parer à d'éventuelles critiques ultérieures, de documenter de façon exhaustive la façon dont les travaux ont été conduits, les informations utilisées, les hypothèses faites, les personnes sollicitées, etc. Cela permettra d'établir le moment venu que la mission s'est effectuée en l'état de l'art de la discipline. Cela réduit tout risque de condamnation pour avoir insuffisamment étayé des conclusions qui s'avèreraient erronées.

3 – Obligations relatives à la déclaration publique d'intérêts

Les articles L1336-4 et L1323-9 du code de la santé publique précisent les dispositions relatives à l'indépendance des personnes collaborant occasionnellement aux travaux de l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, des membres des commissions et conseils siégeant auprès de l'Agence et des personnes qui apportent leur concours aux dits conseils et commissions. En particulier :

« Les personnes mentionnées aux deux alinéas précédents (les membres des conseils et commissions siégeant auprès de l'Agence ainsi que les personnes collaborant occasionnellement aux travaux de l'Agence et les autres personnes qui apportent leur concours aux conseils et commissions siégeant auprès d'elle) *adressent au directeur général de l'Agence, à l'occasion de leur nomination ou de leur entrée en fonctions, une déclaration mentionnant leurs liens, directs ou indirects, avec les entreprises ou établissements dont les produits entrent dans son champ de compétence, ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs. Cette déclaration est rendue publique et est actualisée à leur initiative dès qu'une modification intervient concernant ces liens ou que de nouveaux liens sont noués. »*

La déclaration publique d'intérêts est effectuée par le moyen d'un document standardisé mis à disposition par l'Agence. Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur concernant tout lien avec une entreprise ou un établissement dont les produits entrent dans le champ de compétence de l'Agence, ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs. Le devoir d'information par cette déclaration porte sur l'ensemble des intérêts, liens ou faits susceptibles de faire naître un risque de conflits d'intérêts ou une incompatibilité entre les missions de l'expert pour l'Agence et ses activités extérieures .

La déclaration publique d'intérêts est actualisée à l'initiative de son rédacteur initial, dès qu'une modification intervient concernant les liens déclarés ou que de nouveaux liens sont noués.

Les déclarations sont rendues publiques de manière périodique par publication sur le site internet de l'Agence.

4 – Sanctions

Outre les sanctions pénales auxquelles il a été fait référence, le manquement aux obligations ci-dessus rappelées peut entraîner, outre une suspension immédiate en cas d'urgence justifiée, la révocation des fonctions exercées.

HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ



AVIS N°1/2007
du groupe déontologie et indépendance de l'expertise de la Haute Autorité de santé

Saisi d'un dossier individuel (cas n°1/2007) lors de sa séance du 4 mai 2007, le groupe déontologie et indépendance de l'expertise créé par la décision n°2006.12.044/SG du 13 décembre 2006 a adopté l'avis ci-après.

Le groupe devait répondre à la question suivante posée à propos d'un membre d'une commission de la Haute Autorité de santé :
La HAS peut-elle maintenir dans ses fonctions de membre d'une de ses commissions un professionnel qui a fait l'objet d'une interdiction d'exercer la médecine assortie d'un sursis, par la chambre disciplinaire d'un Conseil régional de l'Ordre des médecins ?

Le groupe rappelle que l'autorité investie du pouvoir de nomination a la possibilité de retirer cette décision de nomination.

Pour assurer ce retrait, la Haute Autorité de santé doit dûment motiver sa décision et permettre à l'intéressé de répondre aux motivations avancées.

La HAS peut ainsi faire valoir qu'elle a été amenée à nommer ce membre compte tenu de ses compétences et de ses qualités professionnelles et que c'est dans le cadre de son exercice professionnel que celui-ci a été amené à faire l'objet d'une interdiction d'exercer son art.

Pour le groupe, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Haute Autorité est donc fondée à considérer qu'une telle interdiction, dont l'intéressé n'a pas estimé nécessaire d'avertir la Haute Autorité, crée un fait nouveau de nature à faire obstacle à la poursuite par l'intéressé de sa fonction au sein de la commission considérée.

La HAS pourrait donc y trouver un motif valable pour ne pas renouveler l'intéressé dans ses fonctions au sein de la Commission lors du renouvellement général des membres devant intervenir lors des prochains mois.

Dès lors que la HAS estimerait que cette interdiction serait à même de fragiliser la portée des décisions de la commission considérée, elle serait en outre fondée à mettre fin immédiatement au mandat de l'intéressé dans le respect des formalités des droits de la défense.

Saint-Denis, le 4 mai 2007,

Le Président du Groupe,

Monsieur Christian Vigouroux



AVIS N°2/2008
du groupe déontologie et indépendance de l'expertise
de la Haute Autorité de Santé

Saisi d'une question (cas n°2/2008) lors de sa séance du 11 décembre 2007, le groupe déontologie et indépendance de l'expertise a adopté l'avis ci-après.

Le groupe devait répondre aux questions suivantes posées par le Directeur de la HAS relatives à l'application des dispositions des articles L.161-44 et R.161-85 du code de la sécurité sociale :

En cas de recours à des organismes tiers, publics ou privés, pour effectuer des travaux de recherche ou d'analyse,

1. **La HAS a-t-elle l'obligation d'analyser elle-même les déclarations d'intérêts des personnes désignées par ces organismes pour effectuer la mission d'expertise ou peut-elle déléguer cette mission d'analyse aux dits organismes ?**
2. **La HAS est-elle tenue de rendre publiques ces déclarations d'intérêts ?**

En préambule, le groupe rappelle que les textes législatifs et réglementaires ont un champ d'application très large et ne permettent pas d'exclure de la catégorie des « personnes qui apportent leur concours à la HAS » les personnes désignées pour la mission d'expertise par les organismes tiers.

Il rappelle, par ailleurs :

- qu'une atteinte au principe d'impartialité fragilise l'institution et risque de conduire à l'annulation d'une décision ;
- que la Cour de cassation a une interprétation extensive de l'article 432-12 du code pénal, qui incrimine la prise illégale d'intérêts.

La HAS ne doit donc pas mettre les experts désignés par ces organismes en situation de contrevenir aux obligations légales.

En conséquence, ces personnes doivent remplir une déclaration d'intérêts (DI).

<u>Réponse à la question 1</u> :

La HAS a l'obligation d'analyser et de tirer les conséquences des intérêts déclarés.
Toutefois, elle peut confier, sans contrevenir aux textes, le travail de pré-analyse de ces DI à l'organisme qui désigne les experts chargés d'effectuer la mission d'expertise.

L'organisme peut désigner trois catégories de personnes pour effectuer la mission d'expertise :

- ses salariés ;
- ses membres ;
- des experts indépendants qu'il a sélectionnés pour la mission.



Deux solutions sont donc envisageables :

1- les personnes désignées par l'organisme tiers pour la mission d'expertise envoient directement leur DI à la HAS qui les analyse ;
2- les personnes désignées par l'organisme tiers pour la mission d'expertise remettent leur DI à l'organisme, lequel :
    - effectue une pré-analyse de chacune des DI en fonction de la « classification des intérêts déclarés » établie par la HAS ;
    - écarte les experts ayant un intérêt qui empêche de manière certaine leur participation à la mission d'expertise ;
    - transmet à la HAS les DI des autres experts pour analyse.

Quatre éléments sont à prendre en compte pour choisir la solution la plus appropriée :

- ✓ l'obligation pour la HAS d'avoir connaissance des intérêts déclarés ;
- ✓ le respect de la vie privée des déclarants ;
- ✓ la lourdeur de la gestion administrative des DI ;
- ✓ la responsabilisation des organismes.

Compte tenu de ces éléments, le groupe préconise la 2ème solution assortie des modalités suivantes ; la première solution peut toutefois être retenue en fonction du projet :

- ✓ La HAS communique à l'organisme un formulaire de DI ainsi que la « classification des intérêts déclarés ».

  Si les personnes désignées par l'organisme sont salariées ou membres dudit organisme, la partie relative aux proches parents est dissimulée sous un cache que seule la HAS peut retirer (cette partie n'est d'ailleurs pas publiée sur le site). En effet, les DI ne doivent pas être un moyen pour l'organisme d'avoir accès à des informations personnelles concernant ses salariés ou membres, informations dont il n'aurait pu avoir connaissance autrement.
- ✓ L'organisme récolte les DI des personnes qu'il souhaite désigner pour participer à la mission d'expertise et en fait une pré-analyse à l'aide de la « classification des intérêts déclarés » fournie par la HAS.
- ✓ Cette pré-analyse permet à l'organisme de classer les DI en 2 catégories :
    - 1ère catégorie : les DI des experts dont les intérêts déclarés empêchent de manière certaine leur participation à la mission d'expertise ;
    - 2nde catégorie : les DI des autres experts :
        - celles dans lesquelles aucun intérêt n'est déclaré ;
        - celles pour lesquelles les intérêts déclarés n'empêchent pas de manière certaine leur participation à la mission d'expertise ;
        - celles présentant un cache.
- ✓ L'organisme transmet à la HAS les DI de la 2nde catégorie et l'informe du nombre d'experts rejetés (DI 1ère catégorie).
- ✓ La HAS analyse l'ensemble de ces DI et informe l'organisme du nom des personnes pouvant participer à la mission d'expertise.



Réponse à la question 2 :

Toutes ces DI doivent être publiées dans les mêmes conditions que les DI des experts directs de la HAS, c'est-à-dire sans mention de la partie relative aux proches parents.

Saint-Denis, le 12 juin 2008

Le Président du Groupe,

Monsieur Christian Vigouroux

AVIS N°3/2008
du groupe déontologie et indépendance de l'expertise
de la Haute Autorité de Santé

Saisi d'une question (cas n°3/2008) lors de sa séance du 22 septembre 2008, le groupe déontologie et indépendance de l'expertise a adopté l'avis ci-après.

Le groupe devait répondre aux questions suivantes posées par le Directeur de la HAS :

Question 1 :

Un membre d'une commission spécialisée de la HAS, ou un expert exerçant une mission pour la HAS, peut-il répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS ? La HAS peut-elle accepter l'offre ainsi soumise ?

1.1 si la consultation porte sur le même domaine d'activité que la mission de la commission spécialisée ou de l'expert ?
1.2 si la consultation porte sur un domaine d'activité différent de celui-de la commission spécialisée ou de l'expert ?
1.3 si la réponse à la consultation est apportée par le membre de la commission lui-même ou l'expert (cas du consultant qui exerce à titre personnel) ?
1.4 si la réponse à la consultation est apportée par une structure qui emploie le membre de la commission ou l'expert (pas de fonction de responsabilité) ?

Question 2 :

Un organisme dirigé par un ancien agent de la HAS, qui occupait un poste de direction, peut-il répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS

2.1 si la consultation porte sur le même domaine d'activité que celui dont il s'occupait lorsqu'il travaillait à la HAS ?
2.2 si la consultation porte un domaine d'activité différent de celui dont il s'occupait lorsqu'il travaillait à la HAS ?

En préambule, le groupe rappelle que la HAS, en tant qu'autorité publique indépendante, a le devoir absolu d'être transparente et impartiale. Elle doit éviter tout comportement susceptible de susciter un doute sur son intégrité et son impartialité. Un membre d'une commission spécialisée ou un expert de la HAS est chargé d'une mission de service public. Il est ainsi tenu au respect des principes d'indépendance et d'impartialité. En conséquence, les dispositions du code pénal relatives au délit de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du code pénal) et au délit d'octroi d'avantage injustifié (ou favoritisme, art. 432-14 du code pénal) sont susceptibles de s'appliquer.

L'article 432-12 du code pénal définit le délit de prise illégale d'intérêt comme *« le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, de recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au*

1

moment de l'acte, en tout ou en partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

Le délit de favoritisme prohibé par l'article 432-14 du code pénal est défini comme *« le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public [...], de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».*

Le code pénal n'interdit pas de manière absolue la passation d'un marché entre un organisme public et un de ses collaborateurs externes. Toutefois, au regard des textes et de la jurisprudence, la possibilité pour un collaborateur externe de répondre à un appel d'offres d'un organisme public n'est envisageable que sous certaines conditions très strictes :

- Le soumissionnaire ne doit pas :
  - avoir participé, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement à la procédure d'appel d'offres et notamment
    - il ne doit pas être à l'origine du projet
    - il ne doit pas avoir contribué à l'élaboration ou à la validation du cahier des charges
    - il ne doit pas avoir participé à l'analyse des offres.
    - Il ne doit avoir aucune influence dans la prise de décision
  - Avoir de lien d'intérêts direct ou indirect avec un membre de la commission d'appel d'offres

- De son côté, l'autorité publique doit respecter le code des marchés publics et ne doit pas :
  - avoir favorisé l'obtention du marché par le soumissionnaire, notamment
    - en rédigeant un cahier des charges adapté au soumissionnaire
    - en lui communiquant des informations privilégiées
    - en lui demandant « un effort sur les prix » sans faire cette demande aux autres soumissionnaires
  - avoir de lien d'intérêts direct ou indirect avec le soumissionnaire. L'intérêt de l'institution ou de ses représentants peut être financier ou simplement moral, voire affectif.

Ces règles peuvent être utilement rappelées à tout expert qui souhaite travailler pour la HAS.

Au regard de ces règles, il est indispensable d'apprécier, pour chaque cas d'espèce, l'ensemble des éléments qui pourrait empêcher la soumission à un marché public.

2

Réponse à la question 1 :

1.1. Un membre d'une commission spécialisée de la HAS, ou un expert exerçant une mission pour la HAS, ne doit pas répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS si la consultation porte sur le même domaine d'activité que la commission spécialisée ou que la mission confiée à l'expert.

Aux fins de maintenir en toutes circonstances le crédit de l'institution, il convient de considérer que l'expert ou le membre d'une commission est susceptible de contribuer ou d'avoir contribué, même de loin, à l'analyse du besoin retranscrit dans le cahier des charges.

On peut également considérer que l'expert ou le membre d'une commission entretient ou a entretenu des liens privilégiés avec les membres de la commission d'appel d'offres.

1.2. Il n'y a pas, a priori, d'impossibilité à ce qu'un membre d'une commission spécialisée de la HAS, ou un expert exerçant une mission pour la HAS, puisse répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS dès lors que la consultation d'appel d'offres porte sur un domaine d'activité sans rapport aucun avec celui de la commission spécialisée ou de l'expert.

Dans la mesure où l'expert ou le membre d'une commission n'est pas en relation avec la commission ou le service de la HAS pour laquelle la consultation est demandée, qu'il n'a aucun lien, direct ou indirect, de quelque nature que ce soit, avec les porteurs du projet et les membres de la commission d'appel d'offres, il n'y a pas d'opposition de principe à ce que l'expert réponde à la consultation.

Il paraît important, toutefois, que le membre de la commission ou l'expert ait préalablement déclaré son lien avec la HAS.

1.3 Un membre d'une commission spécialisée de la HAS, ou un expert exerçant une mission pour la HAS, peut-il répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS et la HAS peut-elle accepter l'offre ainsi soumise si elle est apportée par le membre de la commission lui-même ou l'expert (cas du consultant qui exerce à titre personnel) ?

Il convient donc de se référer aux réponses apportées aux questions 1.1 et 1.2.

1.4 Une structure qui emploie un membre d'une commission spécialisée de la HAS, ou un expert exerçant une mission pour la HAS, peut –elle répondre à une consultation de marché public lancée par la HAS ?

Il convient donc de se référer aux réponses apportées aux questions 1.1 et 1.2.

L'élément déterminant est le lien, ou l'incidence possible, entre le champ de l'activité de l'expert ou du membre de la commission et l'objet du marché.

On peut également prendre en compte la taille et l'organisation de la structure ainsi que les caractéristiques spécifiques du marché.

Réponse à la question 2 :

2.1 et 2.2 Un organisme dirigé par un ancien agent de la HAS, qui occupait un poste de direction, ne doit pas pouvoir répondre, dans les trois ans suivant le départ de la HAS de cet agent, à une consultation de marché public lancée par la HAS, que la consultation porte ou non sur le même domaine d'activité que celui dont il s'occupait lorsqu'il travaillait à la HAS.

Chacun est susceptible de considérer que l'organisme entretient, via son dirigeant, des liens privilégiés avec les directeurs de la HAS, et donc les membres de la commission d'appel d'offres, ce qui expose au délit de favoritisme.

3

Seules des circonstances exceptionnelles justifieraient qu'il puisse être dérogé à cette règle, pour des nécessités fortes de service public.

Saint-Denis, le 2 février 2009

Le Président du Groupe,

Monsieur Christian Vigouroux

4

AVIS N°4/2008
du groupe déontologie et indépendance de l'expertise
de la Haute Autorité de Santé

Saisi d'une question (cas n°4/2008) le 7 octobre 2008, le groupe déontologie et indépendance de l'expertise a adopté l'avis ci-après.

Le groupe devait répondre à la question suivante posée par le Directeur de la HAS :

Contexte :

Le professeur X est membre d'un groupe de travail de la HAS, constitué dans le but de réviser cette ligne générique à la Liste des Produits et Prestations Remboursables.

Le travail du groupe a été présenté à la Commission d'évaluation des produits et prestations de la HAS. La Commission doit rendre un avis définitif sur le sujet.

Dans une revue professionnelle, le professeur X détaille, en sa qualité de président d'une société savante, le résultat des travaux réalisés par le groupe de travail de la HAS et affirme notamment *que le travail a été modifié à l'insu des experts.*
Il cite également le nom des différents produits et laboratoires que le groupe de travail avait décidé d'inscrire en nom de marque, avec l'obligation de débuter une étude clinique.

Cette publication a lieu avant la fin de la phase contradictoire du groupe de travail et avant que la commission de la HAS ait rendu un avis, et sans aucune autorisation de la part de la HAS.

La HAS a contacté l'éditeur de la revue dès sa publication.
Celui-ci a proposé de publier un « droit de réponse » rédigé par la HAS.
Le Professeur X a ensuite envoyé un courrier à la HAS pour expliquer les raisons pour lesquelles il s'était cru délivré de ses obligations de confidentialité.

Question :

Le groupe déontologie et indépendance de l'expertise estime-t-il opportun d'intenter une action en justice à l'encontre du professeur X ?

En préambule, le groupe rappelle que les experts apportant leur concours à la HAS sont tenus au secret et à la discrétion professionnels en application des textes suivants :

- **l'article R 161-85 du code de la sécurité sociale** précise que « *les personnes collaborant aux travaux de la HAS, les experts mentionnés à l'article L 1414-4 du code de la santé publique, les personnes qui apportent leur concours au collège ou aux commissions spécialisées ... sont soumises aux obligations énoncées au 1° de l'article R 161-84.* »

- **l'article R 161-84 1° du code de la sécurité sociale** dispose que « *Les agents de la Haute Autorité sont tenus au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles qui sont définies à l'article 26 du titre Ier du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales* ».

1

- l'**article 26 de la loi du 13 juillet 1983** portant droits et obligations des fonctionnaires précise que « *Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.*
  Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. »

- l'**article 226-13 du code pénal** dispose que « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.* »

Réponse à la question

Au vu des éléments en sa possession, le groupe considère que le comportement du professeur X pourrait être constitutif des manquements suivants :

- manquement à l'obligation de discrétion et violation du secret professionnel :

  Le professeur X a dévoilé des informations dont il a eu connaissance à l'occasion de sa participation au groupe de travail de la HAS. Il a ainsi violé l'obligation générale de discrétion qui s'impose à toute personne participant à une mission de service public. En outre, à la lecture des dispositions législatives générales et des dispositions réglementaires propres à la HAS (Cf. textes ci-dessus), peut considérer qu'il y a eu violation du secret professionnel.

- manquement au devoir de réserve :

  Le professeur X, sans en avoir préalablement débattu avec la direction, ni même l'avoir alertée, a dénigré la HAS en l'accusant d'avoir modifié les travaux du groupe de travail. Cela constitue une grave mise en cause des méthodes de travail et de l'intégrité de l'institution .

Compte tenu de ces manquements, le groupe propose de prendre, sans délai, les mesures suivantes :

1. Suspension immédiate de la participation du professeur X au groupe de travail.

   Pendant cette suspension, il est préconisé qu'une phase contradictoire soit menée, au cours de laquelle le Professeur X se verra notifier les griefs qui lui sont reprochés et sera invité à présenter ses observations.

2. Exercice d'un droit de réponse dans la revue professionnelle :

   - soit rédigé par la HAS pour apporter la contradiction au professeur X et relever ses manquements ;
   - soit rédigé conjointement par la HAS et le professeur X, si ce dernier accepte de reconnaître son erreur.

2

3. Diffusion d'un communiqué d'alerte sur le site de la HAS, sans mise en cause nominative.

Si, à l'issue de la phase contradictoire, le professeur X n'a pas communiqué d'éléments probants justifiant son comportement, le groupe recommande :

- d'interrompre définitivement la participation de l'expert au groupe de travail et de ne plus jamais recourir à ses services ;
- éventuellement, de diffuser sur le site de la HAS un communiqué avec mise en cause nominative de l'expert et mention qu'il y a eu une phase contradictoire.

Le groupe rappelle que la divulgation d'informations couvertes par le secret professionnel est pénalement sanctionnable.
Néanmoins, le groupe considère qu'il n'est pas opportun que la HAS intente une action pénale contre le professeur X tant que n'a pu être établie une intention de nuire ni une infraction au devoir de probité.

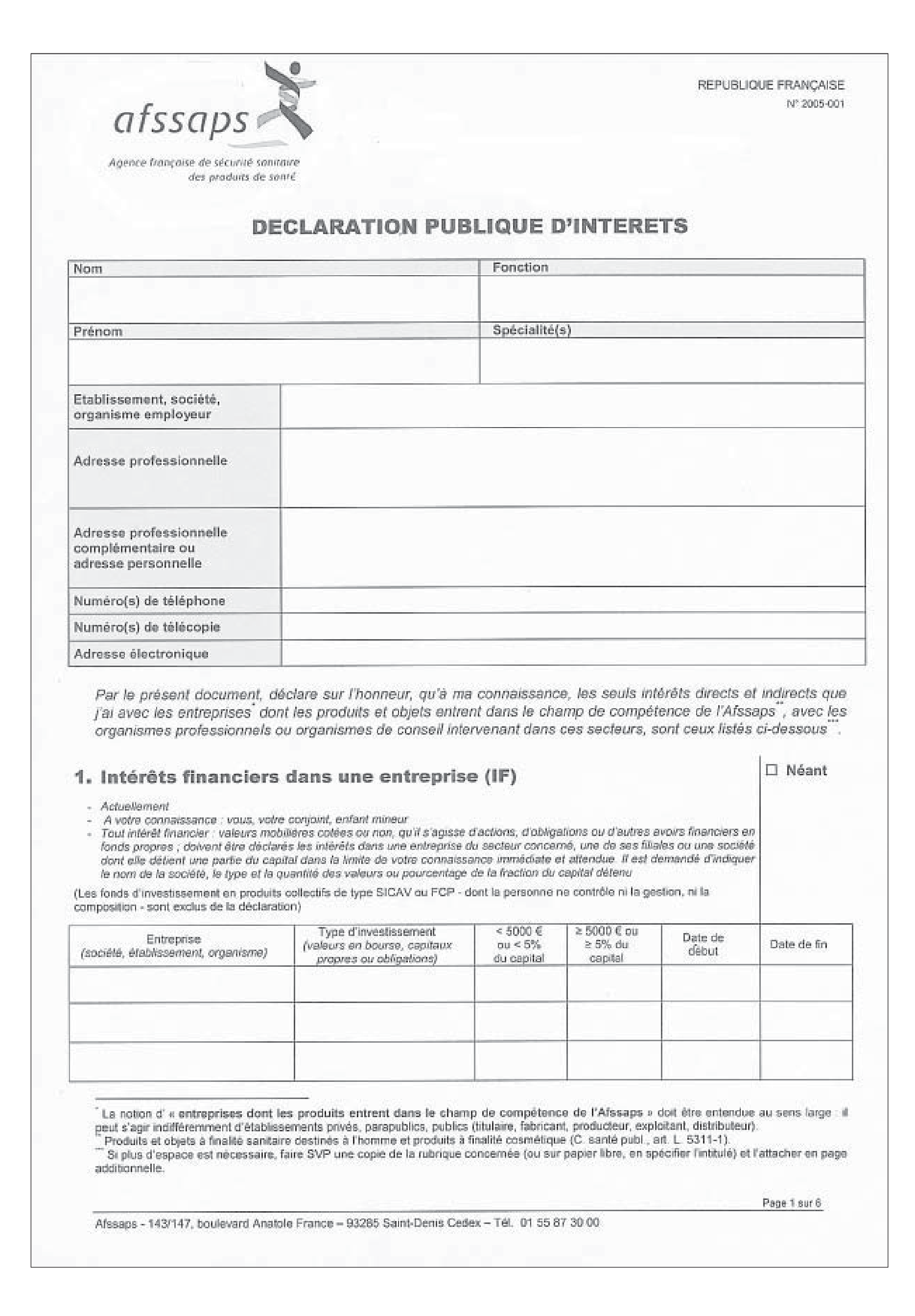
Saint-Denis, le 2 février 2009

Le Président du Groupe,

Monsieur Christian Vigouroux

3

DÉCLARATION PUBLIQUE D'INTÉRÊTS



REPUBLIQUE FRANÇAISE
N° 2005-001

DECLARATION PUBLIQUE D'INTERETS

Nom	Fonction
Prénom	**Spécialité(s)**

Etablissement, société, organisme employeur	
Adresse professionnelle	
Adresse professionnelle complémentaire ou adresse personnelle	
Numéro(s) de téléphone	
Numéro(s) de télécopie	
Adresse électronique	

Par le présent document, déclare sur l'honneur, qu'à ma connaissance, les seuls intérêts directs et indirects que j'ai avec les entreprises dont les produits et objets entrent dans le champ de compétence de l'Afssaps**, avec les organismes professionnels ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs, sont ceux listés ci-dessous***.*

1. Intérêts financiers dans une entreprise (IF)

☐ Néant

- *Actuellement*
- *A votre connaissance : vous, votre conjoint, enfant mineur*
- *Tout intérêt financier : valeurs mobilières cotées ou non, qu'il s'agisse d'actions, d'obligations ou d'autres avoirs financiers en fonds propres ; doivent être déclarés les intérêts dans une entreprise du secteur concerné, une de ses filiales ou une société dont elle détient une partie du capital dans la limite de votre connaissance immédiate et attendue. Il est demandé d'indiquer le nom de la société, le type et la quantité des valeurs ou pourcentage de la fraction du capital détenu*

(Les fonds d'investissement en produits collectifs de type SICAV ou FCP - dont la personne ne contrôle ni la gestion, ni la composition - sont exclus de la déclaration)

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Type d'investissement *(valeurs en bourse, capitaux propres ou obligations)*	< 5000 € ou < 5% du capital	≥ 5000 € ou ≥ 5% du capital	Date de début	Date de fin

* La notion d' « **entreprises dont les produits entrent dans le champ de compétence de l'Afssaps** » doit être entendue au sens large : il peut s'agir indifféremment d'établissements privés, parapublics, publics (titulaire, fabricant, producteur, exploitant, distributeur).
** Produits et objets à finalité sanitaire destinés à l'homme et produits à finalité cosmétique (C. santé publ., art. L. 5311-1).
*** Si plus d'espace est nécessaire, faire SVP une copie de la rubrique concernée (ou sur papier libre, en spécifier l'intitulé) et l'attacher en page additionnelle.

Page 1 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00

2. Activités exercées personnellement

Les activités de recherche, d'évaluation scientifique ou de conseil pour le compte ou au nom des entreprises concernées sont à déclarer dans ces rubriques. Dans le cas où ces activités concernent un produit spécifique, devront être mentionnés, en sus du nom de la société, le nom du produit ou du dispositif médical (dénomination commune (principe actif) ou nom de la spécialité (nom commercial) et le cadre et le sujet de l'activité ; la date de début et la durée prévisible de l'activité.

2.1. Liens durables ou permanents (LD)

2.1.1. Propriétaire, dirigeant, associé, employé, participation à un organe décisionnel d'une entreprise ☐ **Néant**

- *Actuellement, en négociation ou au cours des 5 années précédentes*
- *Sont concernées les entreprises dont les produits et objets entrent dans le champ de compétence de l'Afssaps, les organismes professionnels ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs*
- *Les personnes désignées dans les commissions au titre de la représentation d'intérêts privés (ex. LEEM, UNPDM, SNITEM, APPAMED, AFIPA…) déclarent le nom de l'organisme d'appartenance dans cette rubrique et le nom de leur employeur le cas échéant.*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Position dans l'entreprise	Nature du contrat	Date de l'emploi ou du début des négociations	Date de fin

2.1.2. Autres activités régulières ☐ **Néant**

- *Actuellement ou au cours des 5 années précédentes*
- *Consultation individuelle, membre d'un groupe d'experts ou équivalent…, pour une entreprise dont les produits et objets entrent dans le champ de compétence de l'Afssaps, avec les organismes professionnels ou organismes de conseil intervenant dans ces secteurs*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Nature de l'activité / Sujet / Nom du produit	Rémunération	Date de début	Date de fin
		○ Aucune ○ Vous ○ Institution ○ Vous/Institution		
		○ Aucune ○ Vous ○ Institution ○ Vous/Institution		

2.2. Interventions ponctuelles : essais cliniques, précliniques et travaux scientifiques (IP-EC)

Les activités visées dans cette rubrique sont les participations à la réalisation d'essais ou d'études non cliniques et précliniques (études méthodologiques, essais analytiques, essais chimiques, pharmaceutiques, biologiques, pharmacologiques ou toxicologiques…), d'études cliniques et d'études épidémiologiques, d'études observationnelles sur les pratiques et prescriptions…

Dans le présent document, les personnes participant à la réalisation d'études cliniques sont dénommées investigateurs (investigateur principal dans le cadre d'une étude monocentrique et investigateur coordonnateur dans le cadre d'une étude multicentrique) ; les personnes participant à des études non cliniques ou précliniques sont dénommées expérimentateurs

2.2.1. En qualité d'investigateur principal d'une étude monocentrique, investigateur coordonnateur ou expérimentateur principal ☐ **Néant**

- *Actuellement ou au cours des 5 années précédentes*
- *Participations à la réalisation* ***d'essais ou d'études non cliniques et précliniques*** *(études méthodologiques, essais analytiques, essais chimiques, pharmaceutiques, biologiques, pharmacologiques ou toxicologiques…),* ***d'études cliniques et d'études épidémiologiques****, d'études observationnelles sur les pratiques et prescriptions…*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Nature des activités / Nom du produit	Votre rôle *(investigateur principal, investigateur coordonnateur, expérimentateur principal…)*	Date de début	Date de fin

Page 2 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00

2.2.2. En qualité de co-investigateur, expérimentateur non principal, collaborateur à l'étude ☐ **Néant**

- *Actuellement ou au cours des 3 années précédentes*
- *Participations à la réalisation d'**essais ou d'études non cliniques et précliniques** (études méthodologiques, essais analytiques, essais chimiques, pharmaceutiques, biologiques, pharmacologiques ou toxicologiques...), **d'études cliniques et d'études épidémiologiques**, d'études observationnelles sur les pratiques et prescriptions...*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Nature des activités / Nom du produit	Votre rôle *(co-investigateur, expérimentateur non principal, collaborateur à l'étude...)*	Date de début	Date de fin

2.3. Interventions ponctuelles : rapports d'expertise (IP-RE)

2.3.1. Rapports d'expertise réalisés en vue de figurer dans un dossier soumis à l'évaluation de l'Afssaps ☐ **Néant**

- *Actuellement ou au cours des 5 années précédentes*
- *A votre connaissance, dans la mesure où il est normalement attendu que vous en soyez préalablement informé ; dans les autres cas, veuillez renseigner la rubrique suivante*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Cadre du rapport d'expertise / Sujet / Nom du produit	Rémunération	Date de début	Date de fin
		○ Aucune ○ Vous ○ Institution ○ Vous/Institution		
		○ Aucune ○ Vous ○ Institution ○ Vous/Institution	-	

2.3.2. Autres rapports d'expertise ☐ **Néant**

- *Actuellement ou au cours des 3 années précédentes*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Cadre du rapport d'expertise / Sujet / Nom du produit	Rémunération	Date de début	Date de fin
		○ Aucune ○ Vous ○ Institution ○ Vous/Institution		

Page 3 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00

		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution		
		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution		

2. 4. Interventions ponctuelles : activités de conseil (IP-AC) ☐ Néant

- *Actuellement ou au cours des 3 années précédentes*
- *Consultant ponctuel, participation à un groupe de travail, groupe de réflexion, activité d'audit dans le cadre d'un organisme professionnel d'accréditation…*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Nature de la prestation ou sujet / Nom du produit	Rémunération	Date de début	Date de fin
		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution		
		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution		

2.5. Interventions ponctuelles : congrès, conférences, colloques, autres réunions (IP-CF)

- *Réunions soutenues financièrement ou organisées par une entreprise fabricant ou commercialisant des produits de santé*

2.5.1. Invitations en qualité d'intervenant ☐ Néant

- *Actuellement ou au cours des 3 années précédentes*

Entreprise	Lieu et intitulé de la réunion / Sujet de l'intervention / Nom du produit	Rémunération	Date
		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution	
		O Aucune O Vous O Institution O Vous/Institution	

2.5.2. Invitations en qualité d'auditeur (frais de déplacement et d'hébergement pris en charge par une entreprise) ☐ Néant

- *Actuellement ou dans l'année précédente*

Entreprise	Lieu et intitulé de la réunion / Sujet / Nom du produit	Date

Page 4 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00

2.6 Interventions ponctuelles : autres (IP-AUT) ☐ Néant

- *La nature du lien est autre que celles proposées ci-dessus*
- *Détenteur d'un brevet ou inventeur d'un produit, procédé ou toute autre forme de propriété intellectuelle ; partie ou témoin dans une procédure en relation avec un produit de santé*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Nature de l'activité / Nom du produit	Date de début	Date de fin

3. VERSEMENTS SUBSTANTIELS AU BUDGET D'UNE INSTITUTION DONT VOUS ETES RESPONSABLE (VB)

☐ Néant

- *Actuellement ou au cours des 3 années précédentes*
- *Sont concernées par cette rubrique, les personnes responsables d'organisme de recherche, institut, département, service, association de recherche, association de patients…*
- *Il n'est pas demandé de déclarer les financements dont les montants participent pour une faible part au budget de fonctionnement de votre structure (< 15% ou équivalent par exemple) ; le montant s'apprécie annuellement, d'une même source ; les versements peuvent prendre la forme de subventions pour études ou recherches, bourses ou parrainage, versement en nature ou en numéraires, matériels, taxes d'apprentissage, divers…*

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Objet du versement	Institution bénéficiaire	Date de début	Date de fin

Page 5 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00

4. PROCHES PARENTS SALARIES DANS LES ENTREPRISES VISEES CI-DESSUS (PAR)

☐ Néant

- *Actuellement*
- *Conjoint - époux(se) ou personne vivant sous le même toit - , ascendants ou descendants, collatéraux immédiats y compris de leur conjoint…*

(Le nom des membres de la famille n'a pas à être mentionné)

Entreprise *(société, établissement, organisme)*	Fonction et position dans l'entreprise *(indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un poste de responsable et/ou dont l'activité est en relation avec un produit)*	Lien de parenté *(conjoint, enfant, frère, sœur, père, mère, beau-père, belle-mère, beau-frère, belle-sœur)*	Date de début	Date de fin

5. AUTRES

☐ Néant

- *Autres faits ou intérêts qui pourraient être considérés comme préjudiciables à votre impartialité*
- *Travaux d'expertise dans d'autres instances/institutions en relation avec un produit de santé*
- *Autres faits que vous considérez devoir être portés à la connaissance de l'Agence et du public*

Entreprise le cas échéant	Nature de l'activité	Commentaire	Date de début	Date de fin

*Je soussigné(é),______________________________, m'engage, en cas de modification des liens ci-dessus ou du fait de l'acquisition d'intérêts supplémentaires devant être portés à la connaissance de l'Agence, à en informer celle-ci et à procéder immédiatement à une nouvelle déclaration publique d'intérêts**.

Cette déclaration ne me décharge pas de mon obligation de déclarer tout conflit d'intérêts potentiel au début de toute activité d'expertise de l'Afssaps à laquelle je participe.

Fait à : ---

Le : ----------------------------

Signature

Les informations recueillies sont informatisées. Conformément aux dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données vous concernant.

* L'actualisation de la déclaration initiale concerne les modifications des liens antérieurement déclarés et les nouveaux liens ; il n'est donc pas nécessaire de reporter dans cette mise à jour les intérêts préalablement déclarés (passés ou en cours) qui n'ont fait l'objet d'aucune modification.

Page 6 sur 6

Afssaps - 143/147, boulevard Anatole France – 93285 Saint-Denis Cedex – Tél. 01 55 87 30 00